MARIA BERENICE DIAS

Foi a primeira mulher a ingressar na Magistratura do Rio Grande do Sul. Também foi a primeira Desembargadora do Estado. Dedicou toda a sua carreira a questionar leis e decisões, jamais aceitando qualquer tipo de discriminação com relação à mulher e aos segmentos vulneráveis. Participou dos debates quando da elaboração da Lei Maria da Penha e da Alienação Parental.

Com a aposentadoria, passou a advogar nas áreas de Direito das Famílias, das Sucessões e Direito Homoafetivo. Desenvolve um projeto pioneiro: intervenção conciliatória, em que presta assessoria às partes e a seus advogados, na busca de uma solução extrajudicial dos conflitos.

É Mestre e Pós-graduada em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Foi uma das fundadoras e é vice-presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. É presidente da Comissão de Direito Homoafetivo do IBDFAM. Coordenou a elaboração do Estatuto da Adoção (PLS 394/2017) e do Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero (PLS 134/2018).

Criou a Comissão Nacional da Diversidade Sexual e Gênero do Conselho Federal da OAB, instalando mais de 200 comissões no âmbito das Seccionais e Subseções.

Profere palestras no país e no exterior, e seus artigos estão disponíveis no site: *www.mariaberenice.com.br*

www.editorajuspodivm.com.br

Manual de Direito das Famílias

MARIA
BERENICE
DIAS

Manual de Direito das Famílias

14ª edição Revista, atualizada e ampliada

2021

www.editorajuspodivm.com.br

www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 - Pituba - CEP: 41830-530 - Salvador - Bahia
Tel: (71) 3045.9051
• Contato: https://www.editorajuspodivm.com.br/sac

Diagramação: Marcelo S. Brandão *(santibrando@gmail.com)*

Capa: Maitê Coelho *(maitescoelho@yahoo.com.br)*

• A Editora *JusPODIVM* passou a publicar esta obra a partir da 13.ª edição.

D541m Dias, Maria Berenice.
Manual de Direito das Famílias. / Maria Berenice Dias - 14. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: Editora JusPodivm, 2021.
1056 p.

Bibliografia.
Inclui Índices.
ISBN 978-65-5680-354-8.

1. Direito de família. 2. Direito Civil. I. Dias, Maria Berenice. II. Título.

CDD 344.6

A este punhado de gente que se
identifica como ibedermanos *e que não*
desiste de sonhar com um direito das
famílias atento à ética das relações de afeto.

Gente amada,

Alguém já viu um livro começar com uma carta?

Ainda mais em se tratando de uma obra jurídica?

Até parece que conversar com o leitor retira um pouco da seriedade do que se escreve.

Talvez por isso, a cada nova edição, penso excluir este espaço de diálogo.

Mas recebo tantas manifestações de quem me lê, dizendo sentir-se próximo a mim, que não consigo deletar esta carta.

E não tem jeito, este é o meu jeito.

Já aviso. Não pirei e não foi equívoco do editor. Inverti a ordem dos capítulos. Ora, em sede de Direito das Famílias, não se justifica dar prioridade ao casamento, como faz o Código Civil. Há que se dar preferência ao que é mais importante: os vínculos parentais.

Escrevo como falo, com uma linguagem direta e simples, pois quero que as pessoas entendam este intricado mundo do direito, sem que tenham que fazer disso um grande sacrifício.

Preciso fazer uma confissão. Sempre desejei escrever um livro sobre o tema que sempre me cativou: os vínculos afetivos e seus reflexos no direito. Ou melhor dizendo, as mudanças impostas ao direito pelos vínculos afetivos. Porque é isso que acontece. É a realidade da vida que impõe mudanças.

Certamente este é o maior mérito que se pode atribuir ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). A construção de um novo conceito de família tendo como elemento identificador o afeto, o qual gera responsabilidade e compromisso ético.

Quando da primeira edição, nos idos de 2005, para evidenciar a necessidade de abordar uma concepção atualizada dos vínculos familiares, já no título falei em Direito das Famílias.

Após algumas críticas e resistências, a expressão se popularizou. Foi adotada pela jurisprudência e pela doutrina de vanguarda. Agora é necessário mudar o nome deste ramo do Direito. Afinal, a família é mesmo plural.

Mas o título teve outra peculiaridade. Desenterrou a expressão manual, que tinha cheiro de peça de museu.

Parece não combinar comigo, pois, afinal, tenho a mania de inventar nomes novos.

Mas manual também significa manusear, portar nas mãos, o que torna seu significado mais simpático. Ora, aquilo que é feito com as mãos tem um pouco de quem faz. Fazer com as mãos é dar muito de si.

Trabalhos manuais têm o valor da criatividade e o sabor de ser elaborado com cuidado. Ou seja, o que se faz com as mãos tem um componente de afeto.

Foi por essa razão que resolvi chamá-lo de manual.

Claro que este não é um manual no sentido convencional do termo, mas o escrevo com muito carinho.

Procuro trazer minha experiência de muitos anos no exercício da magistratura e as inquietações da carreira na advocacia.

Que todos recebam esta nova edição com um gesto de afetividade.

Sintam-se acarinhados ao manuseá-lo.

Maria Berenice Dias

www.mbdias.com.br

www.mariaberenice.com.br

www.direitohomoafetivo.com.br

APRESENTAÇÃO

> *A mudança de opiniões é num pensador o sinal mais evidente de sua vitalidade. Só os imbecis têm opiniões eternamente fixas.*
>
> **Sérgio Buarque de Holanda**

Ao atualizar esta edição, não me limitei a trazer a jurisprudência mais recente ou a doutrina mais moderna. Resolvi proceder à leitura de todo ele.

Juro que fiquei surpresa como, em menos de dois anos, tantas coisas mudaram.

Onde dizia: *começou a Justiça a reconhecer...* Tive que alterar para: *encontra-se consolidada a jurisprudência...*

Mas isso não é tudo. Muitas das afirmativas que havia feito se revelaram superadas. Tive que repensar algumas assertivas que achava serem de vanguarda. Alguns rumos traçados não foram aceitos pela doutrina e acabei me curvando a novas ideias.

Não tenho como fugir do meu jeito de expressar minhas ideias. Tão minhas que não consigo delegar a ninguém que faça as atualizações. Não consigo abrir mão desta enorme responsabilidade de sempre questionar o que está posto.

Assim, vale o alerta. Vez por outra o leitor pode se defrontar com mudanças de posicionamentos e de opinião. É que estou sempre questionando, também, o que eu penso. E é necessário ter humildade de reconhecer equívocos, aderir a novas opiniões. É o que chamo de amadurecimento.

Não pensem que pirei, mas virei o livro de cabeça para baixo. Inverti a ordem dos capítulos, dando preferência ao que é mais importante. Em sede de Direito das Famílias, não se justifica dar prioridade ao casamento, como faz o Código Civil. O mais significativo são os vínculos parentais e as relações paterno-filiais, que são os temas que iniciam esta edição.

Achei que meus leitores poderiam estranhar, mas encontrei a frase do historiador respeitado por todos, de que mudar é prova de vitalidade.

E é esta vitalidade que me levou, mais uma vez, durante meses, a ficar refém do computador, cercada de inúmeros livros, pesquisar em várias fontes, garimpar novidades. Lá se vão horas de sono e de descanso. E é claro que se abre mão de inúmeros espaços de lazer, do convívio familiar e da tão prazerosa companhia dos amigos. Sempre digo que me tornei uma pessoa ingrata para com os meus afetos.

Agora esta, e minhas demais obras, passam a ser editadas pela Juspodivm. Uma editora nova e cheia de entusiasmo. E, como todo novo casamento, sempre há a renovação de sonhos e maiores são as expectativas.

Para iniciar esta nova edição, quis dar uma olhada na primeira. Levei um susto. É de 2005. Quase uma por ano! Isso que não tenho, com a editora, o compromisso de lançar anualmente uma nova edição. O compromisso que tenho é para com os meus leitores, de somente lançar uma nova edição quando há mudanças significativas – quer legais, quer jurisprudenciais – que justifiquem a aquisição de um novo livro.

Apesar de esta ser a sua 14.ª edição, ainda são indispensáveis algumas palavras sobre como surgiu a ideia – ou melhor, o desafio – de escrever sobre relações afetivas, mudando o nome para Direito das Famílias e ainda o chamando de manual.

Sempre fui muito inquieta e questionadora, além de um pouco irreverente, é claro. Com os olhos voltados ao justo, minha eterna preocupação sempre foi o respeito à dignidade humana atentando ao princípio da igualdade. Pautei minha vida duvidando de tudo o que está posto de forma indiscutível e pacífica. Não fosse assim, jamais teria conseguido ingressar na magistratura. Um reduto masculino a que meninas não tinham acesso.

Desse modo, quer no exercício da magistratura ou da advocacia, quer como professora ou doutrinadora, sempre tive enorme dificuldade de, simplesmente, repetir o que vem sendo dito, aceitar como corretas teorias e posições, ainda que unânimes ou cristalizadas pela jurisprudência.

O simples fato de algum tema já ter sido enfrentado e decidido em determinado sentido não me convence de ser esta a melhor e a única solução. Não há como dispensar uma reflexão sobre se ali se encontra a justiça!

Talvez por isso, frequentemente, recebia de quem tomava conhecimento de minhas ideias, em palestras, escritos e julgados, pedidos de indicações bibliográficas. Ao elencar uma série de trabalhos de renomados juristas sobre os mais significativos temas do direito de família, a reação, principalmente dos alunos, sempre surgia: não dá para adquirir várias obras para estudar uma única matéria dentre as inúmeras disciplinas que são ministradas em um curso que se prolonga por alguns anos.

Sobre o impasse, conversei com minha filha Denise, então acadêmica, e hoje Juíza de Direito. Ela confirmou a dificuldade e, de forma insistente – característica toda sua –, sugeriu que eu escrevesse um livro. Segundo ela, durante as aulas, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vez por outra surgiam discussões a respeito de assuntos polêmicos por mim sustentados e sobre os temas difíceis que tenho a mania de enfrentar.

Bem, aceitar desafios é quase uma marca da minha trajetória de vida.

Daí o *Manual de direito das famílias.*

Muitos questionamentos surgiram pelo fato de, pela primeira vez, ser usada a expressão "direito das famílias". É que para mim a expressão "direito de família" perdeu significado. Aliás, na coletânea *Conversando sobre...* já havia usado a expressão no plural. O terceiro volume se intitula *Conversando sobre o direito das famílias.*

Mesmo depois de a Constituição da República ter enlaçado no conceito de entidade familiar várias estruturas de convívio, o Código Civil continua falando em direito de família e trata quase que exclusivamente de uma modalidade de família: a constituída pelo casamento. Precária, singela e inconstitucional a regulamentação da união estável.

Ora, é um olhar que acaba levando a uma comunhão de vidas, a comprometimento mútuo e responsabilidades recíprocas, que o Direito tem a obrigação de regular.

Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. O divórcio e a possibilidade do estabelecimento de novas formas de convívio provocaram uma revolução na forma sacralizada do matrimônio. A constitucionalização da união estável e do vínculo monoparental operaram verdadeira transformação na sociedade e na própria família. Assim, na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais.

Talvez tenha sido este o maior mérito do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que nasceu com a preocupação de proceder a uma releitura do conceito de família e dos direitos que dele defluem a partir da ótica da contemporaneidade. Existe há mais de 20 anos e agrega as cabeças pensantes que não têm medo de ver a realidade e de criar novos paradigmas. Afinal, é uma tarefa extremamente difícil assimilar novidades e desmistificar condicionamentos que têm raízes na educação e na cultura. Estratificações sociais, preconceitos arraigados há tanto tempo impedem ver que existem outras formas de viver, diversos modos de buscar a felicidade. Na procura de um elemento que permitisse reconhecer a origem dos relacionamentos interpessoais, identificou o afeto como o toque diferenciador de modo a inseri-los em um conceito mais amplo de família. Foi nessa fonte – que se pode chamar da nova escola do Direito das Famílias – onde fui buscar subsídios.

É o envolvimento emocional que subtrai um relacionamento do âmbito do Direito das Obrigações – cujo núcleo é a vontade – e o conduz para o Direito das Famílias, cujo elemento estruturante é o elo afetivo que funde almas e confunde patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos.

E, como a lei não acompanha as mudanças por que passa a família – principalmente em momentos como o atual, em que injustificável conservadorismo toma conta do país –, resta nas mãos da doutrina e da jurisprudência a responsabilidade de construir nova base de princípios definidores que atenda aos reclamos de uma sociedade sempre em ebulição.

Por isso são trazidos assuntos que normalmente não aparecem em compêndios de direito de família. Antes mesmo de adentrar no estudo da família, é indispensável traçar a trajetória da mulher. A luta feminista foi a responsável pela imposição do império da liberdade e da igualdade. Foi a libertação feminina que levou à decadência do viés patriarcal da família.

Talvez o capítulo que cause maior estranheza seja o intitulado "Família, moral e ética". Todavia, ninguém duvida do compromisso ético da família na formação do cidadão. Não é mais possível confundir moralismo com família. Muito menos se pode admitir que a Justiça, em nome da preservação de uma moral conservadora, chegue a resultados totalmente afastados da ética, referendando posturas maliciosas e chancelando o enriquecimento injustificado.

Mais um alerta. Sempre escrevo sob a ótica da legislação em vigor, sem fazer uma abordagem comparativa de como as coisas eram antes de serem removidas pela evolução da sociedade e incineradas por novas leis. Escrevo preocupada com o novo, olhando para o futuro. Ainda assim, vi-me na contingência de fazer breves considerações sobre a evolução de alguns temas, até porque, para entender determinados institutos, é indispensável conhecer suas matrizes históricas. Somente para avaliar situações presentes e se ter uma ideia das mudanças levadas a efeito são feitas algumas incursões ao passado. A tentativa é mostrar o grande impulso que ensejou a enorme evolução – verdadeira revolução – do direito das famílias.

Procuro trazer o pensamento de todos os que se dispõem a ver a família em sua conotação atual. O colorido multifacetário que adquiriu a família impõe a busca de diversos referenciais, enlaçando outras ciências que também se dedicam ao estudo do ser humano, não só como sujeito de direitos, mas como sujeito de desejos.

É preciso adequar a Justiça à realidade da vida e não tentar engessar a vida dentro de normas jurídicas, muitas vezes editadas olhando para o passado, na tentativa de coibir a liberdade de amar. O Direito das Famílias lida com gente, gente dotada de sentimentos, gente movida por medos e inseguranças. Pessoas que sofrem desencantos e frustrações e buscam no Judiciário ouvidos a seus reclamos.

Minha postura é tentar, de forma bastante didática, conduzir o leitor a um passeio pelo atual direito das famílias, para que se sinta desafiado a tomar posições sobre os pontos mais polêmicos. Por questão de lealdade intelectual, e para não afastar o caráter científico que o trabalho exige, faço referência às posições divergentes da doutrina e distintas orientações jurisprudenciais.

Sempre sonhei com uma Justiça mais rente à realidade da vida, mais sensível, mais retributiva e menos punitiva. Este sonho, que serviu de norte a toda a minha trajetória, conduziu-me primeiro à magistratura e depois à advocacia.

Dedico este trabalho aos jovens – de idade e de espírito –, pois serão eles os lidadores do direito de amanhã, os artífices da justiça do futuro. Minha esperança é que as novas gerações consigam ver o direito mais próximo do cânone maior do nosso sistema jurídico: o respeito à dignidade da pessoa.

Com respeito deposito este meu trabalho nas mãos de quem não tem medo de ousar para cumprir a sublime missão de dar a cada um o que é seu, sem olvidar que o seu de cada um é o direito de todos à felicidade.

SUMÁRIO

1. **DIREITO DAS FAMÍLIAS** **39**

1.1. Origem do direito 39
1.2. Lacunas 40
1.3. Origem da família 42
1.4. Origem do Direito das Famílias 44
1.5. Evolução legislativa 46
1.6. Tentativa conceitual 48
1.7. Natureza jurídica 49
1.8. Conteúdo 50
1.9. Constitucionalização 51
Leitura complementar 52

2. **PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS** **55**

2.1. Princípios constitucionais 55
2.2. Princípios constitucionais e princípios gerais de direito 57
2.3. Princípios e regras 58
2.4. Monogamia 60
2.5. Princípios constitucionais da família 62
2.5.1. Dignidade humana 65
2.5.2. Liberdade 66
2.5.3. Igualdade e respeito à diferença 68
2.5.4. Solidariedade e reciprocidade 70

2.5.5. Pluralismo das entidades familiares 70
2.5.6. Proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos 71
2.5.7. Proibição de retrocesso social 73
2.5.8. Afetividade 74
2.5.9. Felicidade 78
Leitura complementar 80

3. FAMÍLIA, MORAL E ÉTICA 81
3.1. Moral, ética e Direito 81
3.2. Família e ideologia 82
3.3. Família e moral 83
3.4. Família e ética 85
3.5. Boa-fé objetiva 86
Leitura complementar 89

4. FAMÍLIA NA JUSTIÇA 91
4.1. Lei e família 91
4.2. A jurisdição de família 93
4.3. Interdisciplinaridade 95
4.4. Mediação e conciliação 96
4.4.1. Constelação familiar e direito sistêmico 99
4.5. Especialização 100
4.6. Ações de família 101
4.6.1. Ações litigiosas 102
4.6.2. Ações consensuais 106
4.7. Competência 107
4.7.1. Vara das Famílias ou da Infância e Juventude 108

4.8. Questões probatórias 109
4.8.1. Depoimento especial 111
4.9. Tutela provisória, de urgência, antecipada, cautelar e de evidência 113
4.10. Recursos 115
4.11. Ministério Público 117
4.12. Defensoria Pública 120
Leitura complementar 121

5. CULPA 123
5.1. Culpado ou inocente? 123
5.2. Anulação do casamento 124
5.3. Separação 125
5.4. Nome 126
5.5. Alimentos 127
5.6. Desconsideração da personalidade jurídica 128
5.7. Sucessão 129
Leitura complementar 129

6. DANO MORAL 131
6.1. O preço da dor 131
6.2. Deveres do casamento e da união estável 134
6.3. Noivado e namoro 137
6.4. Dano moral e alimentos 138
6.5. Abandono afetivo e alienação parental 139
6.6. Perda de uma chance 142
Leitura complementar 144

7. SITUAÇÃO JURÍDICA DA MULHER 145

7.1. A trajetória da mulher 145
7.2. Na legislação pretérita 147
7.3. Frente à Constituição da República 149
7.4. Na lei atual 150
7.5. No Judiciário 155
7.6. A violência doméstica e familiar contra a mulher .. 155
Leitura complementar 160

8. NOME 161

8.1. Tentativa conceitual 161
8.2. Composição 165
8.3. Nomes da família 165
8.4. O nome da mulher casada 169
8.5. Casamento 170
8.6. União estável 172
8.7. Divórcio 173
8.8. Anulação do casamento 175
8.9. Nome do homem 175
8.10. Reintegração do nome 175
8.11. Viuvez 176
8.12. Nome dos filhos 176
8.12.1. Casamento dos pais 177
8.12.2. Divórcio dos pais 177
8.12.3. Adoção 178
8.13. Multiparentalidade 178
8.14. Declaração de parentalidade 180
8.15. Inclusão do nome do padrasto 180

8.16. Reprodução assistida 181
8.17. Transgêneros 182
8.17.1. Nome social 185
8.18. Intersexuais 186
Leitura complementar 187

9. RELAÇÕES DE PARENTESCO 189
9.1. Tentativa conceitual 189
9.2. Classificação 191
9.2.1. Natural, civil e socioafetiva 191
9.2.2. Biológico ou consanguíneo 193
9.3. Linha 193
9.3.1. Linha reta 193
9.3.2. Linha colateral 196
9.4. Grau 197
9.5. Afinidade 199
9.6. Obrigação alimentar 201
Leitura complementar 202

10. FILIAÇÃO 203
10.1. Filiação e reconhecimento dos filhos 203
10.2. Visão histórica 204
10.3. Tentativa conceitual 206
10.4. Planejamento familiar 210
10.5. Presunções da paternidade 212
10.6. Estado de filiação e origem genética 216
10.6.1. Biológica 218
10.6.2. Registral 220

10.7. Reprodução assistida 221
10.7.1. Homóloga 223
10.7.2. Heteróloga 225
10.7.3. Gestação por substituição 227
10.8. Contrato de geração de filho 229
10.9. Homoparental 229
10.10. Posse do estado de filho 231
10.11. Socioafetiva 232
10.12. Multiparentalidade 235
Leitura complementar 239

11. RECONHECIMENTO DOS FILHOS 241

11.1. Distinções legais 241
11.2. Reconhecimento voluntário 242
11.2.1. Legitimidade 244
11.2.2. Capacidade 245
11.3. Formas 246
11.4. Consentimento 248
11.5. Impugnação 249
Leitura complementar 250

12. DECLARAÇÃO DA PARENTALIDADE 251

12.1. Uma justificativa 251
12.2. Interesses em conflito 252
12.3. Verdade real, jurídica, presumida e afetiva 253
12.4. Presunção da paternidade 254
12.5. Relativização da coisa julgada 255
12.6. *Exceptio plurium concubentium* 256

12.7. Competência ... 258
12.8. Litisconsórcio ... 259
12.9. Revelia ... 260
12.10. Ônus da prova ... 261
12.11. Exame de DNA ... 262
12.12. Desistência da ação ... 266
12.13. Prescrição ... 266
12.14. Ação de investigação de paternidade ... 269
12.15. Ação negatória de paternidade ... 273
12.16. Ação anulatória de registro ... 277
12.17. Ação declaratória de maternidade ... 282
12.18. Ação de impugnação de parentalidade ou desconstitutiva do registro ... 283
12.19. Ação de retificação do registro civil ... 285
12.20. Ação de supressão do patronímico paterno ou materno ... 288
12.21. Ação de reconhecimento de vínculo de ancestralidade ... 289
12.22. Ação declaratória da ascendência genética ... 290
12.23. Averiguação judicial da paternidade ... 291
12.24. Ação declaratória da filiação socioafetiva ... 294
12.25. Reconhecimento de multiparentalidade ... 296
12.26. Alimentos ... 297
Leitura complementar ... 301

13. PODER FAMILIAR ... 303

13.1. Visão histórica ... 303
13.2. Tentativa conceitual ... 305

13.3. Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente 307
13.4. Pais separados 308
13.5. Exercício 309
13.5.1. Responsabilidade civil 311
13.6. Usufruto e administração de bens 312
13.7. Suspensão e extinção 315
13.7.1. Suspensão 316
13.7.2. Perda 317
13.8. Lei da palmada ou Lei menino Bernardo 320
13.9. Ação de suspensão e destituição 321
Leitura complementar 326

14. ADOÇÃO 327

14.1. Visão histórica 328
14.2. Tentativa conceitual 328
14.3. Os conceitos do ECA 330
14.3.1. Família natural 330
14.3.2. Família extensa ou ampliada 332
14.3.3. Família guardiã 335
14.3.4. Família substituta 337
14.3.5. Família adotiva 339
14.3.6. Apadrinhamento 339
14.4. Direitos e garantias 340
14.4.1. Benefícios legais 342
14.5. Adoção "à brasileira" ou afetiva 344
14.6. Adoção dirigida ou *intuitu personae* 346
14.7. Entrega voluntária 350

14.8. Adoção unilateral 352
14.9. Adoção multiparental 355
14.10. Adoção compartilhada 356
14.11. Adoção homoparental 358
14.12. Adoção de nascituro 358
14.13. Adoção de maiores 359
14.14. Adoção de pais 361
14.15. Adoção póstuma 362
14.16. Os chamados filhos de "criação" 364
14.17. Habilitação à adoção 364
14.18. Ação de adoção 365
14.19. Ação de destituição do poder familiar 368
14.12. Ação declaratória de ascendência genética 370
14.21. Parto anônimo 370
14.22. A cruel realidade 372
Leitura complementar 375

15. PROTEÇÃO DOS FILHOS 377

15.1. Visão histórica 377
15.2. Tentativa conceitual 379
15.3. convivência familiar 380
15.4. Guarda unilateral 382
15.5. Convivência compartilhada 384
15.5.1. Igualdade parental 386
15.5.2. Base de moradia 390
15.6. Direito de convivência 392
15.7. Estatuto da Criança e do Adolescente 394
15.8. Competência 395

15.9. Ação de estabelecimento do regime de convivência 397
15.10. Execução do regime de convivência (visitas) 399
15.11. Busca e apreensão 402
15.12. Autorização de viagem 402
15.13. Dano afetivo 404
15.14. Alienação parental 408
15.14.1. Abuso sexual 410
15.14.2. Aspectos legais 412
15.15. Animais de estimação 414
Leitura complementar 416

16. DIREITO DO IDOSO 419

16.1. Tentativa conceitual 419
16.2. Doutrina da proteção integral 419
16.3. Estatuto do Idoso 420
16.4. Idoso na Justiça 422
16.5. Alimentos 423
16.6. Direito de casar 424
16.7. Adoção 426
16.8. Alienação parental e abandono afetivo 426
16.9. Tutela e curatela 428
Leitura complementar 429

17. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS AVÓS 431

17.1. Aspectos históricos 431
17.2. Direito à ancestralidade 432
17.3. Obrigação alimentar 434

17.4. Direito de convivência (visitas) 436
17.5. Guarda 437
17.6. Tutela e curatela 438
Leitura complementar 438

18. AMORES PLURAIS 439

18.1. Breve justificativa 439
18.2. Família constitucionalizada 440
18.3. Conceito atual de família 442
18.4. Matrimonial 444
18.5. Informal 446
18.6. Homoafetiva 448
18.7. Simultâneas ou paralelas 448
18.7.1. Concubinato 450
18.8. Poliafetiva 452
18.9. Parental 454
18.9.1. Monoparental 454
18.9.2. Anaparental 455
18.9.3. Coparental 456
18.10. Composta ou mosaico 456
18.11. Multiparental 457
18.12. Natural, extensa ou ampliada 458
18.13. Substituta 459
18.14. Multiespécie 460
18.15. Eudemonista 461
Leitura complementar 462

19. CASAMENTO 463

19.1. Visão histórica 463

19.2. Tentativa conceitual 465
19.3. Natureza jurídica 469
19.4. Estado civil 471
19.5. Espécies 473
19.5.1. Civil 473
19.5.2. Religioso com efeitos civis 473
19.5.3. Por procuração 475
19.5.4. Nuncupativo ou *in extremis* 476
19.5.5. Putativo 476
19.5.6. Homoafetivo 477
19.5.7. Consular 478
19.5.8. De estrangeiros 478
19.6. Conversão da união estável em casamento 478
19.7. Capacidade 479
19.8. Impedimentos 481
19.8.1. Impedimentos absolutos 481
19.8.2. Causas suspensivas 483
19.9. Processo de habilitação 485
19.10. Celebração 487
19.11. Posse do estado de casado 488
Leitura complementar 489

20. EFICÁCIA DO CASAMENTO 491

20.1. Visão histórica 491
20.2. Tentativa conceitual 492
20.3. Direitos e deveres 494
20.3.1. Fidelidade 497
20.3.1.1. Infidelidade virtual 499
20.3.2. Vida em comum no domicílio conjugal .. 502

20.3.3. Mútua assistência, consideração e respeito ... 503
20.3.4. Sustento, guarda e educação dos filhos .. 504
Leitura complementar ... 505

21. INVALIDADE DO CASAMENTO ... 507
21.1. Tentativa conceitual ... 507
21.2. Casamento inexistente? ... 510
21.2.1. Autoridade competente ... 512
21.2.2. Declaração de vontade ... 513
21.2.3. Diversidade de sexo ... 513
21.3. Casamento existente ... 514
21.4. Casamento nulo e anulável ... 516
21.4.1. Nulo ... 517
21.4.2. Anulável ... 520
21.4.3. Menoridade ... 521
21.4.3.1. Vício de vontade ... 523
21.4.3.2. Revogação de procuração ... 527
21.4.3.3. Incompetência do celebrante ... 527
21.5. Efeitos quanto aos filhos ... 528
21.6. Casamento putativo ... 528
21.7. Ação de nulidade e de anulação ... 531
21.7.1. Legitimidade ... 532
21.7.2. Ônus da prova ... 534
21.7.3. Interesse de agir ... 535
21.7.4. Efeitos da sentença ... 535
21.8. Alimentos ... 537
Leitura complementar ... 537

22. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO **539**

22.1. Aspectos históricos 539

22.2. O fim do instituto da separação 542

22.2.1. Reconciliação 546

22.2.2. Conversão da separação em divórcio 547

22.3. Aspectos intertemporais 548

22.4. Fim do casamento? 549

22.5. Separação de fato 551

22.6. Separação de corpos 553

22.7. Morte 555

22.7.1. Morte presumida e ausência 556

Leitura complementar 558

23. DIVÓRCIO **559**

23.1. Aspectos históricos 559

23.2. Modalidades 561

23.3. Divórcio por mútuo consentimento 562

23.3.1. Recusa de homologação 564

23.4. Divórcio judicial 565

23.4.1. Legitimidade extraordinária 565

23.5. Ação de divórcio 567

23.5.1. Divórcio consensual 569

23.5.2. Divórcio litigioso 570

23.5.3. Divórcio unilateral 574

23.6. Divórcio extrajudicial 575

23.7. Partilha de bens 580

Leitura complementar 581

24. UNIÃO ESTÁVEL 583

24.1. Visão histórica 583

24.2. Aspectos constitucionais 586

24.3. Legislação infraconstitucional 588

24.4. Tentativa conceitual 590

24.5. Questões terminológicas 592

24.6. Características 594

24.7. Efeitos pessoais 596

24.7.1. Estado civil 596

24.7.2. Nome 597

24.7.3. Impedimentos 598

24.7.4. Direitos e deveres 601

24.8. Efeitos patrimoniais 603

24.8.1. Partilha de bens 607

24.8.2. Obrigação alimentar 609

24.9. Reflexos sucessórios 610

24.9.1. Indenização por serviços prestados 612

24.9.2. A Súmula 380 613

24.10. Contrato de convivência 614

24.11. Contrato de namoro 617

24.11.1. Namoro qualificado 619

24.12. Conversão em casamento 621

24.13. Ação de reconhecimento e dissolução 623

24.14. Tutelas provisórias 626

Leitura complementar 627

25. FAMÍLIA HOMOAFETIVA 629

25.1. Tentativa conceitual 629

25.2. Previsão constitucional 631
25.3. Omissão legal 633
25.4. Via judicial 633
25.5. Avanços jurisprudenciais 635
25.6. As decisões das Cortes Superiores 635
Leitura complementar 638

26. FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS 639

26.1 Relacionamentos simultâneos 639
26.2. Família invisível 641
26.3. Sociedade de afeto e não de fato 643
26.4. Poliafetividade 649
26.5. Aspectos patrimoniais 651
26.6 Diferenciações inconstitucionais 658
Leitura complementar 660

27. FAMÍLIA MONOPARENTAL 663

27.1. Origem e conceito 663
27.2. Divórcio 665
27.3. Adoção 667
27.4. Solteiros 668
27.5. Reprodução assistida 669
27.6. Famílias homoafetivas 670
27.7. Irmãos, tios e avós 671
27.8. Proteção estatal 671
Leitura complementar 671

28. REGIME DE BENS 673

28.1. Visão histórica 673

28.2. Tentativa conceitual 674
28.2.1. Meação 676
28.3. Disposições gerais 678
28.3.1. Diferenças entre os regimes 681
28.4. Princípio da comunicabilidade 681
28.5. Administração 686
28.6. Vedações – Bens imóveis 687
28.6.1. Vedações – Aval e fiança 691
28.6.2. Vedações – Doações 692
28.7. Pacto antenupcial 694
28.8. Comunhão parcial 700
28.9. Comunhão universal 704
28.10. Participação final nos aquestos 707
28.11. Separação consensual de bens 711
28.12. Separação obrigatória de bens 712
28.13. Súmula 377 717
28.14. Alteração do regime de bens 719
28.14.1. Ação de alteração 723
Leitura complementar 725

29. PARTILHA 727

29.1. Questões patrimoniais 727
29.2. Mancomunhão 729
29.3. Uso exclusivo de bem comum 730
29.4. Sub-rogação 733
29.5. Dívidas e encargos 734
29.6. FGTS, verbas rescisórias e créditos trabalhistas 735
29.7. Ativos financeiros 737

29.8. Acervo societário 739
29.9. Outros bens e direitos 741
29.10. Desconsideração da personalidade jurídica: *disregard* 744
29.11. Edificação em imóvel de terceiros 747
29.12. Promessa de doação 748
29.13. Usucapião familiar 749
29.14. Aspectos processuais 751
29.14.1. Ação de partilha 752
29.14.2. Tutela provisória 753
29.14.3. Ação de anulação da partilha 754
Leitura complementar 755

30. BEM DE FAMÍLIA 757

30.1. Tentativa conceitual 757
30.2. Mínimo vital 758
30.3. Espécies de impenhorabilidade 759
30.4. Convencional 760
30.4.1. Instituição 762
30.4.2. Extinção 762
30.5. Legal 764
30.6. Beneficiários 770
30.7. Rural 772
30.8. Dívida alimentar 773
30.9. Aspectos processuais 774
Leitura complementar 774

31. ALIMENTOS 775

31.1. Visão histórica 776
31.2. Tentativa conceitual 778

31.3. Natureza jurídica ... 780
31.4. Naturais e civis ... 781
31.5. Características ... 782
31.5.1. Direito personalíssimo ... 783
31.5.2. Solidariedade ... 784
31.5.3. Reciprocidade ... 785
31.5.4. Proximidade ... 786
31.5.5. Alternatividade ... 786
31.5.6. Periodicidade ... 788
31.5.7. Anterioridade ... 788
31.5.8. Atualidade ... 789
31.5.9. Inalienabilidade ... 790
31.5.10. Irrepetibilidade ... 791
31.5.11. Irrenunciabilidade ... 792
31.5.12. Transmissibilidade ... 794
31.6. Culpa ... 798
31.7. Casamento ... 800
31.8. Divórcio ... 803
31.9. Nulidade do casamento ... 805
31.10. União estável ... 806
31.10.1. União estável simultânea ... 807
31.11. Obrigação dos pais ... 809
31.12. Parentalidade socioafetiva ... 811
31.12.1. Multiparentalidade ... 813
31.13. Nascituro ... 814
31.14. Alimentos gravídicos ... 815
31.15. Obrigação dos avós ... 820
31.16. Obrigação dos parentes ... 824

31.16.1. Obrigação dos irmãos, tios, sobrinhos e primos 825
31.16.2. Obrigação dos parentes por afinidade 827
31.17. Em favor do idoso 828
31.18. Obrigação do Estado 830
31.19. Compensatórios 832
31.20. Transitórios 836
31.21. *Intuitu familiae* 840
31.22. Proporcionalidade-necessidade-possibilidade 841
31.23. Quantificação 844
31.23.1. Base de incidência 846
31.23.2. Imposto de renda 849
31.24. Ação de alimentos 851
31.24.1. Legitimidade 852
31.24.2. Procedimento 855
31.25. Competência 858
31.26. Ônus da prova 860
31.27. Definitivos e provisórios 861
31.28. Termo inicial 862
31.29. Litisconsórcio 865
31.30. Chamamento a integrar a lide 866
31.31. Oferta de alimentos 869
31.32. Extinção da obrigação alimentar 870
31.32.1. Indignidade 872
31.33. Título executivo 875
31.34. Liquidez e certeza 875
31.35. Cobrança 877
31.35.1. Protesto 880

31.36. Cumprimento da sentença 881
31.36.1. Rito da prisão 882
31.36.2. Rito da expropriação 884
31.37. Execução de título extrajudicial 885
31.37.1. Rito da prisão 885
31.37.2. Rito da expropriação 885
31.38. Coação pessoal 886
31.38.1. Justificativa 890
31.38.2. Prisão 891
31.39. Expropriação 893
31.40. Parcelamento do débito 896
31.41. Duas cobranças em único processo 897
31.41.1. De título executivo judicial 898
31.41.2. De título executivo extrajudicial 899
31.42. Exceção de pré-executividade 900
31.43. Crime de abandono material 901
31.44. Prescrição 903
31.45. Ação revisional e exoneratória 903
31.46. Coisa julgada 907
31.47. Proporcionalidade e coisa julgada 908
31.48. Prestação de contas 909
Leitura complementar 911

32. TUTELA 913

32.1. Tentativa conceitual 913
32.2. Doutrina da proteção integral 916
32.3. Estatuto da Criança e do Adolescente 916
32.4. Compartilhada 917

32.5. Espécies 917
32.5.1. Documental 918
32.5.2. Testamentária 918
32.5.3. Legítima 919
32.5.4. Dativa 919
32.6. Protutor 919
32.7. Impedimentos 920
32.8. Direito de recusa 921
32.9. Manifestação do tutelado 922
32.10. Encargos 922
32.11. Ação de nomeação do tutor 923
32.12. Exercício 924
32.13. Prestação de contas 925
32.14. Cessação 926
32.15. Destituição 926
Leitura complementar 927

33. CURATELA 929

33.1. Tentativa conceitual 929
33.2. Pessoas com deficiência 934
33.3. Pródigo 935
33.4. Casamento 936
33.5. Espécies 937
33.5.1. Autocuratela 938
33.5.2. Curatela provisória 939
33.5.3. Curatela compartilhada 940
33.5.4. Tomada de decisão apoiada 940
33.6. Enfermo e pessoa com deficiência 942

33.7. Nascituro 943

33.8. Legitimidade para requerer e para exercer a curatela 944

33.8.1. Cônjuge ou companheiro 945

33.8.2. Parentes ou tutores 945

33.8.3. Representante de entidade de abrigamento 945

33.8.4. Ministério Público 946

33.9. Exercício 946

33.10. Prestação de contas 948

33.11. Ação de curatela 949

33.11.1. Eficácia da sentença 951

33.12. Levantamento da curatela 953

Leitura complementar 954

34. ASPECTOS INTERNACIONAIS 955

34.1. Nascimento 956

34.2. Casamento 957

34.2.1. No estrangeiro 957

34.2.2. De estrangeiros 958

34.3. Divórcio e dissolução de união estável 959

34.3.1. Partilha de bens 962

34.4. Guarda e convivência 962

34.5. Alimentos 963

34.6. Adoção 965

34.7. Sequestro Internacional 967

34.8. Reflexos sucessórios 971

Leitura Complementar 972

35. QUESTÕES INTERTEMPORAIS 973

Leitura complementar. 975

BIBLIOGRAFIA 977

TESES, SÚMULAS E ENUNCIADOS 1013

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1013

SÚMULAS 1015

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS 1017

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 1017

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) 1020

JORNADAS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL 1022

Jornada de Direito Civil 1022

Jornada de Processo Civil 1032

Jornadas de Direito Comercial 1033

FÓRUM NACIONAL DA JUSTIÇA PROTETIVA – FONAJUP ... 1033

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM 1036

ÍNDICE ALFABÉTICO 1041

1

DIREITO DAS FAMÍLIAS

Sumário: 1.1. Origem do direito – **1.2.** Lacunas – **1.3.** Origem da família – **1.4.** Origem do Direito das Famílias – **1.5.** Evolução legislativa – **1.6.** Tentativa conceitual – **1.7.** Natureza jurídica – **1.8.** Conteúdo – **1.9.** Constitucionalização – Leitura complementar.

Referências legais: CR 1.º, III, 3.º, I, III, IV, 4.º, II, 5.º, I, II, XXX, XXXI, XXXIV, XXXV, XXXVI, XLI, LV, LX, LXVII, LXXIV, LXXVI, LXXVIII, 226 a 230; CC 1.511 a 1.783-A; CPC 178 I, 53 I e II, 189 II, 345 II, 392, 506, 528 a 533, 693 a 699, 731 a 734, 747 a 763, 911 a 913, 1.048 I e II; L 11.340/06 (Lei Maria da Penha – LMP) 2º e 5.º parágrafo único.

1.1. ORIGEM DO DIREITO

O Direito é a mais eficaz técnica para o **Estado** cumprir sua importante função de organizar a vida em sociedade. Para isso, impõe **pautas de condutas**. Nada mais do que regras de comportamento a serem respeitadas por todos. O ordenamento jurídico – verdadeiro **interdito proibitório** dos impulsos que podem inviabilizar o convívio social[1] – possibilita a vida em sociedade. É composto de uma infinidade de normas que, na bela comparação de Norberto Bobbio, como as estrelas no céu, jamais alguém consegue contar.[2]

O legislador "carimba" – para usar a expressão de Pontes de Miranda – os **fatos da vida**, transformando-os em **normas jurídicas** mediante

1. Rodrigo da Cunha Pereira, Pai, por que me abandonaste?, 220.
2. Norberto Bobbio, A teoria do ordenamento jurídico, 37.

o estabelecimento de sanções. O direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos.[3]

Ainda que o Estado tenha o dever de regular as relações interpessoais, precisa respeitar a dignidade, a liberdade e a igualdade de todos e de cada um. Tem a obrigação de garantir o **direito à vida**, não só vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetivada: vida digna, vida feliz!

No entanto, a norma escrita não tem o dom de aprisionar e conter os desejos, as angústias, emoções, realidades e inquietações do ser humano.[4] Daí o surgimento de normas que não criam deveres, mas simplesmente descrevem valores, tendo os **direitos humanos** se tornado a espinha dorsal da produção normativa contemporânea.[5]

1.2. LACUNAS

Em tese, o Direito deve abarcar todas as situações fáticas em seu âmbito regulatório. Daí a instituição de **modelos** preestabelecidos de relações juridicamente relevantes, a sustentar o **mito da completude** do ordenamento legal.

Mas há um descompasso. A realidade sempre antecede o Direito. Atos e fatos tornam-se jurídicos a partir do agir das pessoas de modo reiterado. Ainda que a lei tente prever todas as situações dignas de tutela, as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação.[6] A realidade é dinâmica e a moldura dos valores juridicamente relevantes torna-se demasiado estreita para a riqueza dos fatos concretos.[7] A existência de lacunas no direito é decorrência lógica do sistema, e surge no momento da aplicação do direito a um caso *sub judice* não previsto pela ordem jurídica.[8]

Quando o legislador se **omite**, não se está à frente do que se chama de **silêncio eloquente**: que determinada situação da vida não é merecedora de reconhecimento. Não. Muitas vezes é mero desleixo ou preconceito. Vã tentativa de fazer desaparecer situações de vida dignas de tutela. O fato de

3. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, t. I, 6.
4. Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de Direito de Família, 13.
5. Gustavo Tepedino, O Código Civil, os chamados microssistemas..., 8.
6. Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 33.
7. Carlos Eduardo P. Ruzyk, União estável:..., 10.
8. Maria Helena Diniz, As lacunas do direito, 110.

não haver previsão legal para situações específicas não significa inexistência de direito. Afirma Lourival Serejo que, diante de um Congresso pusilânime para protagonizar as reformas da legislação ordinária no campo de Direito de Família (por exemplo, no caso do casamento homoafetivo), é preciso difundir a prática do controle de convencionalidade que assegura os direitos da pessoa humana.[9]

A falta de previsão legislativa não pode servir de justificativa para a Justiça negar a prestação jurisdicional ou deixar de reconhecer a existência de direito merecedor da chancela jurídica. O silêncio do legislador deve ser suprido pelo magistrado, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Como essa atividade legiferante ao caso concreto é determinada pela lei, não há que se falar em **ativismo judicial** sempre que o juiz decide sem que disponha de previsão legal. Aliás, essa é a sua missão maior, constitui a função criadora da Justiça.

Por isso, as lacunas precisam ser **colmatadas**, isto é, preenchidas pelo juiz, que não pode negar proteção nem deixar de assegurar direitos sob a alegação de ausência de lei. É o que se chama de *non liquet*.[10] Toda a vez que o juiz se depara com uma lei deficiente, está autorizado a exercer, dentro de certos limites, a função de **legislador**, a efetuar, no seu lugar, juízos de valor e decisões de vontade.[11] Ausência de lei não quer dizer ausência de **direito**, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática.

A lei processual impõe este dever (CPC 140): *O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.* Os caminhos a serem percorridos são sinalizados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (4.º): **analogia**, **costumes** e **princípios gerais de direito**. Ainda assim deve o juiz se socorrer dos **princípios constitucionais** que estão no vértice do sistema. No contexto de um Estado Democrático de Direito, em que impera a legalidade material, os princípios servem de parâmetro normativo para aferição da validade de toda e qualquer norma jurídica, ocasionando a inconstitucionalidade de todos os dispositivos que lhes são contrários.[12]

Com a constitucionalização do Direito Civil, os princípios consagrados na Constituição da República tornaram-se **fontes normativas**. Diante

9. Lourival Serejo, Controle da convencionalidade e o Direito de Família, 401.
10. Em tradução livre: não está claro.
11. Karl Engisch, Introdução ao pensamento jurídico, 222.
12. Mônica Clarissa Henning Leal, A Constituição como princípio..., XVI.

do vazio da lei, nem a interpretação gramatical, nem a sistemática, nem a histórica servem. O moderno jurista prefere o chamado método **teleológico**, que se constituiu em um método pluridimensional.[13] Surge daí a **proibição de retrocesso social**, como garantia constitucional.

1.3. ORIGEM DA FAMÍLIA

A família é o primeiro agente socializador do ser humano.[14] Somente com a passagem do estado da natureza para o estado da cultura foi possível a estruturação da família. A primeira lei de Direito das Famílias é conhecida como a **lei do pai**, uma exigência da civilização na tentativa de reprimir as pulsões e o gozo por meio da supressão dos instintos.[15] A interdição do **incesto** funda o psiquismo e simboliza a inserção do ser humano no mundo da cultura.[16]

O **acasalamento** - desejo de manter vínculos afetivos - sempre existiu. Seja em decorrência do **instinto de perpetuação da espécie**, seja pela verdadeira aversão que todos têm à **solidão**. Parece que as pessoas só são felizes quando têm alguém para amar. Alguém para chamar de seu!

Mesmo sendo a vida aos pares um **fato natural**, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um **agrupamento informal**, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do Direito. No dizer de Giselda Hironaka, não importa a posição que o indivíduo ocupe na família, ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertença – o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.[17]

Como a lei vem sempre depois do fato, procura congelar a realidade de hoje para servir de modelo à realidade do amanhã. Daí seu viés **conservador**. Mas a vida é irrequieta, se modifica, o que necessariamente se reflete na sociedade e acaba confrontando a lei. Por isso, a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família que preexiste ao Estado e está acima do Direito. A família é uma **construção cultural**. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma

---

13. Idem, 108.
14. Tânia da Silva Pereira, Adoção, 151.
15. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito de Família:..., 17.
16. Maria Antonieta Pisano Motta, Além dos fatos e dos relatos:..., 39.
17. Giselda Hironaka, Família e casamento em evolução, 8.

função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos –, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente.[18] É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar em seu aspecto mais significativo, de um verdadeiro **LAR**: Lugar de Afeto e Respeito.

A própria organização da **sociedade** se dá em torno da estrutura familiar. Em determinado momento histórico, o intervencionismo estatal instituiu o **casamento** como regra de conduta.[19] Uma convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A família formal era uma invenção demográfica, pois somente ela permitiria à população se multiplicar.[20] Essa foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto. É por isso que o desenvolvimento da civilização impõe **restrições à total liberdade**, e a lei jurídica exige que ninguém fuja dessas restrições.[21]

Em uma **sociedade conservadora**, para merecer aceitação social e reconhecimento jurídico, o núcleo familiar dispunha de perfil **hierarquizado e patriarcal**. Necessitava ser chancelado pelo que se convencionou chamar de **matrimônio**, pela forte influência da igreja, que o tem na conta de um sacramento.

A família tinha **formação extensiva**, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à **procriação**. Tratava-se de uma entidade **patrimonializada**, cujos membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos.

Esse quadro não resistiu à **revolução industrial**, que fez aumentar a necessidade de mão de obra, principalmente para o desempenho de atividades terciárias. Foi assim que a **mulher** ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família. Com isso, sua estrutura mudou. Tornou-se **nuclear**, restrita ao casal e sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o **vínculo afetivo** que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor.[22] A valorização do afeto

18. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito de Família:..., 36.
19. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 49.
20. Adriana Caldas Maluf, Direito das Famílias, 259.
21. Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 35.
22. Alexandre Rosa, Amante virtual:..., 162.

deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, **cessado o afeto**, está ruída a base de sustentação da família, e a **dissolução do vínculo** conjugal é o único modo de garantir a dignidade da pessoa.[23]

1.4. ORIGEM DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Como a linguagem condiciona o pensamento, é necessário subtrair qualquer adjetivação ao substantivo **família** e simplesmente falar em **famílias**. Como refere Jones Figueirêdo, apenas uma consoante a mais sintetiza a magnitude das famílias em suas multifacetadas formatações.[24] Desse modo, a expressão **Direito das Famílias** é a que melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, tenham a formação que tiver.

A família é cantada e decantada como a **base da sociedade** e, por essa razão, recebe especial proteção do Estado (CR 226). A própria **Declaração Universal dos Direitos Humanos** estabelece (XVI 3): *A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado*. Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases.[25] A família é tanto uma estrutura **pública** como uma relação **privada**, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social. O Direito das Famílias, por dizer respeito a todos os cidadãos, revela-se como o recorte da vida privada que mais se presta às expectativas e mais está sujeito a críticas de toda sorte.[26]

O influxo da chamada **globalização** impõe constante alteração de regras, leis e comportamentos. No entanto, a mais árdua tarefa é mudar as regras do Direito das Famílias. Isto porque é o ramo do Direito que diz com a vida das pessoas, seus sentimentos, enfim, com a alma do ser humano. O legislador não consegue acompanhar a realidade social nem contemplar as inquietações da família contemporânea.

A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de **oxigenação das leis**. A tendência é simplesmente proceder à atualização normativa, sem absorver o espírito das silenciosas

---

23. Cristiano Chaves de Farias, Redesenhando os contornos..., 113.
24. Jones Figueirêdo Alves, Abuso de direito no Direito de Família, 482.
25. Álvaro Villaça Azevedo, Do bem de família, 242.
26. Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka, Do Direito de Família, 6.

mudanças alcançadas no seio social, o que fortalece a manutenção da conduta de apego à tradição legalista, moralista e opressora da lei.[27] Quando se fala de relações afetivas – afinal, é disso que trata o Direito das Famílias –, a missão é muito mais delicada, em face dos reflexos comportamentais que interferem na própria estrutura da sociedade. Como adverte Sérgio Gischkow Pereira, o regramento jurídico da família não pode insistir, em perniciosa teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações culturais e científicas, petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, ou sofrerá do mal da ineficácia.[28]

A família é o primeiro agente socializador do ser humano.[29] Somente com a passagem do estado da natureza para o estado da cultura foi possível a estruturação da família. A primeira lei de Direito das Famílias é conhecida como a **lei do pai**, uma exigência da civilização na tentativa de reprimir as pulsões e o gozo por meio da supressão dos instintos.[30] A interdição do **incesto** funda o psiquismo e simboliza a inserção do ser humano no mundo da cultura.[31]

Porém, é preciso demarcar o limite de intervenção do Direito na organização familiar, para que as normas estabelecidas não interfiram em prejuízo da liberdade do "ser" sujeito.[32] A esfera privada das relações conjugais começa a repudiar a interferência do público.[33] Ainda que tenha o **Estado** interesse na preservação da família, cabe indagar se dispõe de **legitimidade** para invadir a auréola de privacidade e de intimidade das pessoas. É necessário redesenhar o seu papel, devendo ser redimensionado, na busca de implementar, na prática, participação minimizante de sua faceta interventora no seio familiar.[34] Compreender a evolução do Direito das Famílias deve ter como premissa a construção e a aplicação de uma nova cultura jurídica, que permita conhecer a proposta de proteção às entidades familiares, estabelecendo um processo de repersonalização dessas relações, devendo centrar-se na manutenção do afeto, sua maior preocupação.[35]

27. Marcos Colares, A sedução de ser feliz:..., 47.
28. Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de Direito de Família, 35.
29. Tânia da Silva Pereira, Adoção, 151.
30. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito de Família:..., 17.
31. Maria Antonieta Pisano Motta, Além dos fatos e dos relatos:..., 39.
32. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito de Família:..., 2.
33. César Augusto de Castro Fiúza, Mudança de paradigmas:..., 37.
34. Pedro Thomé de Arruda Neto, A "despenalização" do Direito das Famílias, 263.
35. Maria Cláudia Crespo Brauner, O pluralismo no direito..., 257.

O formato hierárquico da família cedeu lugar à sua **democratização**, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo. O traço fundamental é a **lealdade**. Talvez não mais existam razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência na vida das pessoas. Uma verdadeira **estatização do afeto**. O grande problema reside em encontrar, na estrutura formalista do sistema jurídico, o modo de proteger sem sufocar e de regular sem engessar.[36]

1.5. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O Código Civil de 1916 regulava a família do início do século passado. Em sua versão original, trazia estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao casamento. Impedia sua **dissolução**, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações.[37] As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos **filhos ilegítimos** eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação da família matrimonializada.

A evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A mais expressiva foi o **Estatuto da Mulher Casada** (Lei 4.121/1962), que devolveu a plena **capacidade** civil e deferiu-lhe **bens reservados** de modo a assegurar-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho.

A instituição do **divórcio** (EC 09/1977 e Lei 6.515/1977) acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada.

Diz Zeno Veloso que a **Constituição da República** de 1988, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito.[38] Instaurou a **igualdade entre o homem e a mulher** e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo **casamento**, bem como à **união estável** entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de **família monoparental**. Consagrou a **igualdade dos filhos**, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profun-

36. Carlos Eduardo P. Ruzyk, União estável:..., 16.
37. Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka, Do Direito de Família, 3.
38. Zeno Veloso, Homossexualidade e direito, 3.

das modificações acabaram derrogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico. Lembra Luiz Edson Fachin que, após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do Direito de Família.[39]

A **Emenda Constitucional 66**[40] consagrou o **divórcio** como a única forma de acabar com o casamento. Com isso não há nem prazos, nem a necessidade de identificar causas para dissolvê-lo. O fato de não ter sido alterada a legislação infraconstitucional não emprestou sobrevida à separação, mas há resistências de ala conservadora da doutrina, que insiste em afirmar a permanência do instituto. Apesar de sepultado pela jurisprudência unânime de todos os tribunais, em um julgamento o STJ admitiu a busca consensual da separação.[41]

O **Código Civil** atual, pelo tempo que tramitou e pelas modificações profundas que sofreu, já nasceu velho. Procurou atualizar os aspectos essenciais do Direito das Famílias, mas não deu o passo mais ousado, nem mesmo em direção aos temas constitucionalmente consagrados: operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional.[42]

Talvez o grande ganho tenha sido **excluir expressões e conceitos** que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram sepultados dispositivos que já eram letra morta e retratavam ranços e preconceitos, como as referências desigualitárias entre o homem e a mulher; as adjetivações da filiação; o regime dotal etc.

A possibilidade de a dissolução do casamento ocorrer **extrajudicialmente** subtraiu do Judiciário o monopólio de acabar com a sociedade conjugal.

O **Código de Processo Civil**, de forma para lá de equivocada, sete vezes faz referência à separação, o que, às claras, não faz ressuscitar este instituto. A lei de ritos não tem esse condão. Necessário reconhecer que as referências dizem com a separação de fato e a separação de corpos.

---

39. Luiz Edson Fachin, Da paternidade, relação biológica e afetiva, 83.
40. EC 66/2010 – deu nova redação ao § 6.º do art. 226 da CR: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.
41. STJ – REsp 1.247.098/MS, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14/03/2017.
42. Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka, Do Direito de Família, 5.

Mas no âmbito do Direito das Famílias, o estatuto processual tem um mérito. Concedeu um capítulo às **ações de família** (CPC 693 a 699), impõe que as partes, ao se qualificarem, declinem se vivem em união estável. O maior pecado foi não agilizar a cobrança do encargo alimentar, mesmo avocando o cumprimento da decisão judicial que fixa alimentos (CPC 528 a 533) e a execução de título executivo extrajudicial (CPC 911 a 913). De resto, poucos avanços trouxe.

1.6. TENTATIVA CONCEITUAL

Dispondo a família de formatações das mais diversas, o Direito das Famílias precisa ter espectro cada vez mais abrangente. Assim, é difícil sua definição sem incidir num **vício de lógica**. Como esse ramo do direito disciplina a organização da família, conceitua-se o Direito de Família com o próprio objeto a definir.[43] Por conseguinte, mais do que uma definição, acaba sendo feita a **enumeração** dos vários **institutos** que regulam não só as relações entre pais e filhos, mas também entre cônjuges e conviventes, ou seja, a relação das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade.

Diz Giselda Hironaka: não parece ser possível afirmar o que a família "é", na acepção sociológica do termo, já que nessa perspectiva as famílias sempre foram um "vir a ser". O problema surge pela obviedade de que conceituar significa limitar fenômenos pela convenção de padrões, que nem sempre estão ligados apenas à convenção da maioria, senão a dos que detêm o poder, enquanto argumento de autoridade. Por isso, dizer o que a família "é" para o Direito necessariamente requer fechar os olhos para um sem-número de fatos sociais essencialmente representativos da família, mas que por vezes não se encaixariam nas letras frias de um invólucro qualquer do direito positivado.[44]

Como a sociedade só aceitava a família constituída pelos "sagrados laços do **matrimônio**", a lei regulava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade fez as **relações extramatrimoniais** ingressarem no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a Constituição a albergar no conceito de **entidade familiar** o que chamou de **união estável**. Viu-se, então, o legislador na contingência de regulamen-

43. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, 8.

44. Giselda Hironaka, O conceito de família e sua organização jurídica, 54.

tar esse instituto e integrá-lo no Livro do Direito de Família. No entanto, olvidou-se de disciplinar as **famílias monoparentais**, reconhecidas como entidades familiares. Igualmente, nada trouxe sobre **famílias homoafetivas**, que de há muito estão inseridas no âmbito do Direito das Famílias por obra e graça da jurisprudência.

O fato é que a família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor.

1.7. NATUREZA JURÍDICA

Apesar de constantemente ser denunciada a irrelevância ou o desaparecimento da importância de tal classificação, persiste a antiga discussão: o Direito das Famílias pertence ao **direito público** ou ao **direito privado**? Não se pode olvidar que está inserido no Código Civil, codificação que regula as relações dos indivíduos entre si. Como tem assento no **direito privado**, tal permite afirmar seu caráter privado.[45]

No entanto, em face do comprometimento do Estado de proteger a família e ordenar as relações de seus membros, dispõe de acentuado domínio de **normas imperativas**, isto é, normas inderrogáveis, que impõem limitações às pessoas. São **normas cogentes** que incidem independentemente da vontade das partes, daí seu perfil **publicista**. Daí serem consideradas **de ordem pública**, por tutelarem o interesse geral, atendendo mais aos interesses da coletividade do que ao desejo do indivíduo. A tendência em afirmar que o Direito das Famílias pende mais ao direito público do que ao direito privado decorre da equivocada ideia de que se deve tutelar as entidades familiares mais do que os seus integrantes.

O fato de permear as relações familiares interesses que dizem com a **capacidade** e a **identidade** das pessoas não significa ter o Direito das Famílias migrado para o direito público. Ao reverso, como sustenta Gustavo Tepedino, deve-se submeter a convivência familiar aos princípios constitucionais, de tal maneira que a família deixe de ser valorada como **instituição.**[46] Aliás, não se pode conceber **nada mais privado**, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre. A pretensão de deslocar a família do direito privado

45. José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de Direito de Família, 15.
46. Gustavo Tepedino, Temas de Direito Civil, 20.

representa um contrassenso, pois prepara o terreno para um intervencionismo intolerável do Estado na vida íntima.[47]

O fato de o Direito das Famílias ter características peculiares e alguma proximidade com o direito público, não lhe retira o **caráter privado**. A tendência é reduzir o intervencionismo do Estado nas relações interpessoais. A esfera privada das relações conjugais se inclina cada vez mais a repudiar a **interferência do público**. Para Rodrigo da Cunha Pereira, o Estado não pode mais controlar as formas de constituição das famílias, elas são mesmo plurais.[48] Como as mais diversas conformações de convívio começaram a ser aceitas pela sociedade, tal revela a liberdade dos sujeitos de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade.

Levando em conta as particularíssimas características do Direito das Famílias, imperioso considerá-lo como um **microssistema** jurídico,[49] a merecer tratamento legal autônomo, um Código apartado da codificação civil. Vem progredindo a inovadora ideia de a **ciência da família** ser disciplina interdisciplinar autônoma, na procura de analisar e explicar, se possível de forma plena, dimensões da vida familiar conjunta, e possivelmente encontrar regularidades na conexão entre família e sociedade.[50] Atento a essa tendência é que o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM elaborou o Estatuto das Famílias, projeto de lei que tramita no Senado Federal.[51]

1.8. CONTEÚDO

Por estar voltado à tutela da pessoa, se diz que o Direito das Famílias é **personalíssimo**. Adere indelevelmente à personalidade de seus membros, em virtude da posição que ocupam na família durante toda a vida.[52] Em sua maioria, o Direito das Famílias é composto de direitos **intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis** e **indisponíveis**. A **imprescritibilidade** também ronda o Direito das Famílias.[53] Basta atentar que ninguém pode ceder

47. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 25.
48. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito de Família:..., 55.
49. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 25.
50. Max Wingen, A caminho de uma ciência da família?..., 37.
51. PLS 470/2013.
52. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 28.
53. José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de Direito de Família, 33.

o poder familiar ou renunciar ao direito de pleitear o estado de filiação. O reconhecimento do filho é irrevogável, sendo imprescritível o direito de ver declarada a paternidade.

Tradicionalmente, o Direito das Famílias é identificado a partir de três grandes eixos temáticos:

- **direito matrimonial** – cuida do casamento, sua celebração, efeitos, anulação, regime de bens e sua dissolução;
- **direito parental** – volta-se para a filiação, adoção e relações de parentesco; e
- **direito protetivo ou assistencial** – inclui poder familiar, alimentos, tutela e curatela. Essa divisão, no entanto, vem cada vez mais se desfigurando.

1.9. CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Grande parte do Direito Civil foi parar na Constituição, que enlaçou temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. Inúmeras são as referências que lá estão: arts. 1.º, III, 3.º, I, III, IV, 4.º, II, 5.º, I, II, XXX, XXXI, XXXIV, XXXV, XXXVI, XLI, LV, LX, LXVII, LXXIV, LXXVI, LXXVIII, §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º, 226, 227, 228, 229 e 230.

A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de Direito Civil e, diante do texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da Constituição.[54] Sua força normativa não reside tão somente na adaptação inteligente a uma dada realidade – converte-se ela mesma em força ativa. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas.[55]

Essa é uma característica do chamado **estado social**, que intervém em setores da vida privada como forma de proteger o cidadão, postura impensável em um **estado liberal** que prestigia, antes e acima de tudo, a liberdade. O Direito Civil constitucionalizou-se, se afastou da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado.[56] Em face da nova tábua de valores da Constituição,

54. Gustavo Tepedino, Temas de Direito Civil, 21.
55. Konrad Hesse, A força normativa da constituição, 19.
56. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 106.

ocorreu a universalização e a humanização do Direito das Famílias, o que acabou por provocar um câmbio de paradigmas.

O legislador constituinte alargou o conceito de família ao emprestar juridicidade ao relacionamento fora do **casamento**. Afastou da ideia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a **união estável** entre um homem e uma mulher. A família à margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessárias ao desempenho das funções reconhecidamente familiares.[57] Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar também as **relações monoparentais**: um pai com os seus filhos. Ou seja, para a configuração da família, deixou de se exigir necessariamente a existência de um par, o que, consequentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa.

LEITURA COMPLEMENTAR

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A Família Hoje. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, n. 7, p. 5-20, jul./ago. 2015.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (orgs.). *Leituras complementares de Direito Civil* – Direito das Famílias. Bahia: Juspodivm, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Famílias. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. vol. 6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 27-97.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil*: Famílias. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil:* Família. São Paulo: Ed. RT, 2013.

OLIVEIRA, Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Tânia da Silva Pereira. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. vol. 5.

57. José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de Direito de Família, 19.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito das Famílias e Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

______. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SANTOS, Aline Barradas Carneiro; CARNEIRO, Sérgio Barradas; MENDONÇA, Ticiana Barradas Carneiro e. *Direito das Famílias na Contemporaneidade* – questões controvertidas. Salvador: Juspodivm, 2017.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VILAS-BOAS, Renata Malta; BRUNO, Susana de Moraes Spencer (orgs.). *Novas tendências do Direito das Famílias*. Brasília: Editora Kiron, 2015. v. 1.

WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

2

PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Sumário: 2.1. Princípios constitucionais – **2.2.** Princípios constitucionais e princípios gerais de direito – **2.3.** Princípios e regras – **2.4.** Monogamia – **2.5.** Princípios constitucionais da família: **2.5.1.** Dignidade humana; **2.5.2.** Liberdade; **2.5.3.** Igualdade e respeito à diferença; **2.5.4.** Solidariedade e reciprocidade; **2.5.5.** Pluralismo das entidades familiares; **2.5.6.** Proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos; **2.5.7.** Proibição de retrocesso social; **2.5.8.** Afetividade; **2.5.9.** Felicidade – Leitura complementar.

2.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Um novo modo de ver o direito emergiu da Constituição da República, verdadeira **carta de princípios**, que impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e de garantias fundamentais, o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei (CR 5.º § 1.º). Segundo Paulo Bonavides, os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional.[1]

Muitas das transformações levadas a efeito são frutos da identificação dos **direitos humanos**, o que ensejou o alargamento da esfera de direitos merecedores de tutela. A reconstrução do conceito de pessoa levou o direito a construir princípios e regras que visam à proteção da personalidade humana naquilo que é o seu atributo específico: a qualidade de ser humano.[2]

1. Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 237.
2. Judith Martins-Costa, Os danos à pessoa no direito brasileiro..., 21.

Os princípios constitucionais – considerados leis das leis – deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa. Agora, na expressão de Paulo Lôbo, são conformadores da lei.[3] Tornaram-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de Justiça, não dispondo exclusivamente de **força supletiva**. Adquiriram **eficácia imediata** e aderiram ao sistema positivo. Compõe nova base axiológica, tendo abandonado o estado de virtualidade a que sempre foram relegados.

A partir da **constitucionalização do Direito Civil**, momento em que a **dignidade da pessoa humana** foi consagrada como fundamento do Estado Democrático de Direito (CR 1.º III), o positivismo tornou-se insuficiente.[4] Os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas. No dizer de Cristiano Chaves, a **confiança** determina novos contornos para os institutos familiaristas, impondo-lhes um conteúdo voltado à proteção efetiva dos valores constitucionais, na medida em que confere maior realce à dignidade da pessoa humana e à solidariedade exigidas entre as pessoas.[5]

As regras jurídicas mostraram-se limitadas, acanhadas para atender ao comando constitucional. O princípio da **interpretação conforme à Constituição** é uma das mais importantes inovações, ao propagar que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da Lei Maior.

A Constituição, no que respeita às relações estritamente familiares, imputa deveres fundamentais ao Estado, à sociedade e à família. Para o direito atual, o **Estado** é pessoa jurídica, a **sociedade** é uma coletividade indeterminada e a **família**, entidade não personalizada. Os três são grupos integrados por pessoas. No dizer de Paulo Lôbo, o integrante da família, em virtude dessa específica circunstância, é titular de direitos fundamentais oponíveis a qualquer desses grupos, inclusive à própria família. Não são pessoas determinadas que são devedoras, mas o Estado, a sociedade e a família enquanto tais. Os grupos não são titulares de direitos fundamentais, mas apenas de deveres fundamentais.[6]

A Constituição traz um extenso leque de direitos fundamentais. Consagra como o mais fundamental dos direitos a dignidade da pessoa humana (CR 1º III); o direito a uma sociedade justa (CR 3º I) e assegura

---

3. Paulo Lôbo, Do poder familiar, 182.
4. Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 20.
5. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Curso de Direito Civil: Famílias, 123.
6. Paulo Lôbo, Relações de família e direitos fundamentais, 19.

o bem de todos (CR 3º IV). Também garante um punhado de direitos ao indivíduo (CR 5º): à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. São consagrados como direitos sociais (CR 6º): a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Mas a enumeração não é taxativa (CR 5º II): *Os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.*

Apesar de garantido um punhado de direitos ao **cidadão**, a quem faz referência 12 vezes, é da **família** que a Constituição fala 21 vezes, a evidenciar que a maior preocupação é com a família, e não com os seus integrantes. Reconhecida como a **base da sociedade**, a família recebe a **especial proteção** do Estado (CR 226), sendo-lhe assegurada assistência (CR 226 § 8º). Todos os deveres para com crianças, adolescentes, jovens (CR 227) e para com os idosos (CR 230) são atribuídos, em primeiro lugar, à família. A assistência social tem como prioridade primeira a proteção da família (CR 203 I). É impenhorável a pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família (CR 5º XXVI). É instituído o salário-família (CR 7º XII), e, com grande estardalhaço, foi criada a bolsa-família.

2.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Não se pode confundir princípios constitucionais e princípios gerais de direito.

Os princípios gerais de direito encontram-se previstos como uma das formas de preencher as **lacunas da lei**, juntamente com a analogia e os costumes (LINDB 4º). São os fundamentos de legitimação da ordem jurídica, bases de validade que tem o condão de suprimir omissões que o legislador não consegue prever em leis formais e de modo a exprimir todas as situações jurídicas particulares. É impensável limitar o campo de visualização do julgador apenas nas normas jurídicas positivadas.[7] Os princípios constitucionais vêm em primeiro lugar e são as portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito.[8] Dispõem de primazia diante da lei, sendo os primeiros a ser invocados em qualquer processo hermenêutico.

7. Leonardo Amaral Pinheiro da Silva, O princípio da isonomia jurídica..., 33.
8. Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 24.

Confundi-los seria relegar os princípios constitucionais a uma posição subalterna à lei, juntamente com as demais fontes do direito – a analogia e os costumes –, invocáveis quando há omissão do legislador. Os princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação pelo **método indutivo**[9] e cabem ser aplicados quando se verificam **lacunas na lei**. A norma constitucional está no vértice do sistema. Os princípios pairam sobre toda a organização jurídica.

2.3. PRINCÍPIOS E REGRAS

Em passado não muito distante, a **operação hermenêutica** era invertida. A Constituição era tida apenas como uma moldura, cujo conteúdo era preenchido por leis e códigos.[10] Imaginava-se que o destinatário do texto constitucional era o legislador ordinário. Tal tornava o civilista refém da legislação infraconstitucional, não se sentindo vinculado aos preceitos constitucionais, não podendo reinterpretar e revisitar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, tutelados e redimensionados pela Constituição.[11] Mas há muito está superada a concepção que negava força normativa aos princípios em razão do seu caráter fluido e indeterminado.[12]

O ordenamento jurídico positivo compõe-se de princípios e regras cuja diferença não é apenas de grau de importância. Acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o **suporte axiológico**, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico.[13] Como bem observa Daniel Sarmento, se o direito não contivesse princípios, mas apenas regras jurídicas, seria possível a substituição dos juízes por máquinas.[14]

Os **princípios** são normas jurídicas que se distinguem das regras, não só porque têm **alto grau de generalidade**, mas também por serem **mandatos de otimização**.[15] Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos

---

9. Gustavo Tepedino, Temas de Direito Civil, 18.
10. Idem, Do poder familiar, 181.
11. Gustavo Tepedino, Temas de Direito Civil, 18.
12. Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 42.
13. Flávia Piovesan, Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 60.
14. Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 44.
15. Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 84.

que condensam.[16] Devem ter conteúdo de **validade universal**. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios.

Por definição, princípios são mandamentos nucleares de um sistema. No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um princípio mandamental obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.[17] Um princípio, para ser reconhecido como tal, deve ser **subordinante**, e não subordinado a regras.

Regras são normas que incidem sob a forma "tudo ou nada", o que não sucede com os princípios.[18] Quando, aparentemente, duas regras incidem sobre o mesmo fato, é aplicada uma ou outra, segundo critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade. Aplica-se uma regra e considera-se a outra inválida. As regras podem ser cumpridas ou não, contêm determinações de âmbito fático e jurídico com **baixa densidade de generalização**.[19] Quando são admitidas exceções, não se está frente a um princípio, mas de uma regra concorrente ou subordinada a outra que lhe é incompatível ou contrária.

A partir do transbordamento dos princípios constitucionais para todos os ramos do Direito, passou-se a enfrentar o problema do **conflito de princípios** ou **colisão de direitos fundamentais**. Nessas hipóteses – que não são raras, principalmente em sede de Direito das Famílias –, imperioso invocar o princípio da **proporcionalidade**, que prepondera sobre o princípio da estrita legalidade. Não cabe a simples anulação de um princípio para a total observância do outro. Os princípios se harmonizam na feliz expressão "diálogo das fontes".

É preciso preservar, tanto quanto possível, as garantias momentaneamente antagônicas, sem privar qualquer delas de sua substância elementar.[20] Quando dois princípios incidem sobre determinado fato, o conflito é solucionado levando-se em consideração o peso relativo de cada um. Há **ponderação** entre os princípios, e não opção por um deles em detrimento do outro. Havendo conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado já está determinado, *a priori*, em favor do princípio, hoje absoluto, da

16. Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 42.
17. Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 230.
18. Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 44.
19. Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 86.
20. José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional, 595.

dignidade da pessoa humana.[21] A utilização da técnica da **ponderação** é consagrada na lei processual, cabendo ao juiz justificar a eleição de uma norma, quando em conflito com outra (CPC 489 § 2º).[22]

Como os juízes têm o dever de assegurar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, passaram a aplicar diretamente os princípios constitucionais, abandonando a concepção estritamente positivista da função judicial, que pregava um sistema de regras neutro. Os direitos fundamentais podem ser considerados parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do direito.[23]

2.4. MONOGAMIA

Uma ressalva merece ser feita: a monogamia não é um **princípio** do direito estatal de família, é **regra** restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado.[24] Monogamia é um imperativo da cultura. Um modo de organização da família conjugal. O seu negativo, ou o seu avesso, não significa necessariamente o horror de toda organização social, ou seja, a promiscuidade. Traição e infidelidade não ensejam a quebra do sistema monogâmico.[25]

A colisão da monogamia com a liberdade é uma ameaça à liberdade na esfera existencial, sendo dever do Estado assegurar às pessoas que estabeleçam suas conformações familiares, caso contrário, a monogamia representa regra de cerceamento inconstitucional da autonomia privada em situações subjetivas existenciais.[26]

Ainda que a lei recrimine de diversas formas quem descumpre o dever de **fidelidade**, não há como considerar a monogamia como princípio, até porque a Constituição não a contempla. Ao contrário, tanto tolera a traição que não permite que os filhos se sujeitem a qualquer discriminação, mesmo quando se trata de prole nascida de relações adulterinas ou incestuosas.

---

21. Maria Celina Bodin de Moraes, Danos à pessoa humana:..., 85.
22. IBDFAM – Enunciado 17: A técnica de ponderação, adotada expressamente pelo art. 489, § 2º, do Novo CPC, é meio adequado para a solução de problemas práticos atinentes ao Direito das Famílias e das Sucessões.
23. Ingo Wolfgang Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, 331.
24. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Famílias simultâneas e monogamia, 198.
25. Rodrigo da Cunha Pereira, União estável, 232.
26. Marcos Alves da Silva. Da monogamia:... 309.

O Estado tem interesse na mantença da estrutura familiar, a ponto de proclamar que a família é a base da sociedade. Por isso, a monogamia sempre foi considerada **função ordenadora** da família. Não foi instituída em favor do amor. Trata-se de mera **convenção** decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo. Serve muito mais a questões patrimoniais, sucessórias e econômicas. Embora a uniconjugalidade disponha de valor jurídico, não passa de um sistema de **regras morais**. De qualquer modo, seria irreal negar que a sociedade ocidental contemporânea é, efetivamente, centrada em um modelo familiar monogâmico, mas não cabe ao Estado, em efetivo desvio funcional, se apropriar deste lugar de interdição.[27]

Em atenção ao preceito monogâmico, o Estado considera crime a **bigamia** (CP 235). Pessoas casadas são **impedidas de casar** (CC 1.521 VI) e a bigamia torna **nulo o segundo casamento** (CC 1.548 II e 1.521 VI). Inclusive – por incrível que pareça – é anulável a **doação** feita pelo adúltero a seu cúmplice (CC 550).

A **infidelidade** é um complemento da monogamia. Não há cultura, socialização ou sociabilidade sem que haja proibições e interdições ao desejo.[28] Por isso servia de fundamento para a ação de separação. Importava em **grave violação** dos deveres do casamento, tornando **insuportável** a vida em comum (CC 1.572), de modo a comprovar a impossibilidade de comunhão de vida (CC 1.573 I). Com o fim da separação (EC 66/2010), tudo isso não mais existe, e o **divórcio** tornou-se um direito potestativo.

O legislador se esforça em não emprestar efeitos jurídicos às relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, chamando-as de **concubinato** (CC 1.727). No entanto, pretender elevar a monogamia ao *status* de princípio constitucional leva a resultados desastrosos. Por exemplo, quando há **simultaneidade** de relacionamentos, não emprestar efeitos jurídicos a um – ou, pior, a ambas uniões, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia – acaba permitindo o **enriquecimento sem causa** do parceiro infiel. Resta ele com a totalidade do patrimônio e sem qualquer responsabilidade para com o outro. Essa solução, que ainda predomina na doutrina e é consagrada pela jurisprudência, além de chegar a um resultado de absoluta afronta à ética, afasta-se do dogma maior de respeito à dignidade humana.

27. Rodrigo da Cunha Pereira, União estável 196.
28. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito das Famílias, 86.

Do mesmo modo, com o nome de **poliamor**, relações entre mais de duas pessoas têm buscado reconhecimento. Ainda que exista impedimento para o casamento, vêm sendo formalizadas. Em face da recomendação do CNJ, para que os tabeliões não façam o registro de uniões poliafetivas por escritura pública, os integrantes assumem deveres pessoais e de natureza patrimonial via documento particular. Ainda que muito se discuta sobre a eficácia destes instrumentos, não se pode negar efeitos jurídicos a tais manifestações de vontade.

Como diz Marcos Alves da Silva, não há dúvida de que a forma da conjugalidade, a escolha do parceiro ou dos parceiros, a estruturação da vida familiar, a distribuição de papéis, atribuições e responsabilidades, obviamente, legam-se ao exercício da autonomia privada no campo mais sensível e íntimo da condição humana: a vida familiar.[29]

2.5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA FAMÍLIA

Existem **princípios gerais** que se aplicam a todos os ramos do Direito. Assim o princípio da dignidade, da igualdade e da liberdade, bem como os princípios da proibição de retrocesso social e da proteção integral a crianças e adolescentes. Seja em que situações se apresentem, sempre são prevalentes. Os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados.[30] Há **princípios especiais** próprios das relações familiares. É no Direito das Famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição da República consagra como **valores sociais fundamentais**, os quais não podem se distanciar da atual concepção da família, que tem sua feição desdobrada em múltiplas facetas. Devem servir de norte na hora de apreciar qualquer relação que envolva questões de família os princípios da solidariedade e da afetividade. Daí a necessidade de revisitar os institutos de Direito das Famílias, adequando suas estruturas e conteúdo à legislação constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica.[31]

Alguns princípios **não** estão **escritos** nos textos legais, mas têm fundamentação ética no espírito dos ordenamentos jurídicos para possibilitar

29. Marcos Alves da Silva, Da monogamia:...,308.
30. Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 55.
31. Cristiano Chaves de Farias, Redesenhando os contornos..., 115.

a vida em sociedade.[32] Daí o reconhecimento de inúmeros princípios constitucionais **implícitos**, inexistindo hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos ou implícitos.

É difícil quantificar ou tentar nominar todos os princípios que norteiam o Direito das Famílias. Cada autor traz números diferentes, não se conseguindo sequer encontrar um denominador comum em que haja consenso. Francisco Amaral[33] elenca onze princípios fundamentais que dizem respeito à organização e à proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso:

- reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial da proteção do Estado (CR 226);
- existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família;
- competência da lei civil para regular os requisitos, celebração e eficácia do casamento e sua dissolução;
- igualdade jurídica dos cônjuges (CR 226 § 5.º);
- reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada pela união estável de homem e mulher, assim como da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CR 226 §§ 3.º e 4.º);
- possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio (CR 226 § 6.º);
- direito de constituição e planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício (CR 226 § 7.º);
- igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias (CR 227 § 6.º);
- proteção da infância, com o reconhecimento de direitos fundamentais à criança, ao adolescente e ao jovem, e responsabilidade

32. Idem, 25.
33. Francisco Amaral, Direito Constitucional:..., 319.

da família, da sociedade e do Estado por sua observância (CR 227);

- atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos (CR 229); e
- proteção do idoso (CR 230).

Paulo Lôbo reconhece também como princípios:

- a verdade real da família socioafetiva. Portanto, há direito à convivência familiar e direito que dela resulta;[34]
- responsabilidade familiar – é pluridimensional e não se esgota nas consequências dos atos do passado, de natureza negativa, que é o campo da responsabilidade civil. Mais importante e desafiadora é a responsabilidade pela promoção dos outros integrantes das relações familiares e pela realização de atos que assegurem as condições de vida digna das atuais e futuras gerações, de natureza positiva. A família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações.[35]

Já Flávio Tartuce traz mais dois princípios:

- princípio da função social da família – as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade. Em suma, não reconhecer função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade;[36]
- princípio da boa-fé objetiva – a boa-fé tem três funções plenamente aplicáveis aos institutos familiares: de interpretação (CC 113); de controle (CC 187) e de integração (CC 422).[37]

Cabe destacar alguns dos princípios norteadores do Direito das Famílias, sem a pretensão de delimitar números ou esgotar seu elenco.

---

34. Paulo Lôbo, Direito de Família e os princípios constitucionais, 124.
35. Idem, 126.
36. Flávio Tartuce, Direito Civil. Direito de Família, 34.
37. Idem, 36.

2.5.1. Dignidade humana

É o princípio maior, o **mais universal de todos** os princípios. Um **macroprincípio** do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.[38] No dizer de Daniel Sarmento, representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.[39]

Eduardo Bittar afirma que o respeito à dignidade humana é o melhor legado da modernidade, que deve ser temperado para a realidade contextual em que se vive. Assim, há de se postular por um sentido de mundo, por um sentido de direito, por uma perspectiva, em meio a tantas contradições, incertezas, inseguranças, distorções e transformações pós-modernas, este sentido é dado pela noção de dignidade da pessoa humana.[40]

Trata-se de princípio que não representa tão só um **limite** à atuação estatal. Constitui também um norte para a sua **ação positiva**. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana. Também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o **mínimo existencial** para cada ser humano em seu território.[41]

É o princípio fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como **valor nuclear da ordem constitucional**. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão.[42] Talvez possa ser identificado como o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções e experimentado no plano dos afetos.

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela **pessoa**, ligando todos os institutos à realização de sua **personalidade**.

---

38. Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 68.
39. Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 60.
40. Eduardo Bittar, O direito na pós-modernidade, 298.
41. Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 71.
42. Idem, 58.

Tal fenômeno provocou a **despatrimonialização** e a **personalização** dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.[43]

A dignidade da pessoa humana encontra na **família** o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum –, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.[44]

O Direito das Famílias está umbilicalmente ligado aos **direitos humanos**, versão axiológica da natureza humana. Isso significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.[45]

2.5.2. Liberdade

A liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como **direitos humanos fundamentais**, de modo a garantir o respeito à dignidade humana. O papel do Direito é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade.[46]

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar. Todos têm a liberdade de escolher o seu par ou pares, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. A isonomia de

---

43. Ana Carolina B. Teixeira e Maria de Fátima F. de Sá, Fundamentos principiológicos..., 21.
44. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 105.
45. Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 72.
46. Érica Verícia de Oliveira Canuto, Liberdade de contratar..., 289.

tratamento jurídico permite que se considerem iguais, homem e mulher, em relação ao papel que desempenham na sociedade conjugal.

A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filhos, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltada ao melhor interesse do filho.[47] Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual ou ainda poliafetiva. Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento (CC 1.639 § 2.º) sinaliza que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares.

Como diz Paulo Lôbo, o princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral.[48] Ao estabelecer o Código Civil, que é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família (CC. 1.513), consagra o princípio da liberdade no direito de família, também chamado de **princípio da não intervenção.**[49]

Exatamente, por afrontar ao princípio da liberdade, é **inconstitucional** a imposição coacta do **regime de separação de bens** aos maiores de 70 anos (CC 1.641 II).

No rol dos direitos da criança, do adolescente e do jovem, assegurados constitucionalmente, figura o direito à liberdade (CR 227). Assenta-se neste direito tanto a necessidade de o adotado, desde os 12 anos de idade, concordar com a adoção (ECA 45 § 2.º), como a possibilidade do filho de impugnar o reconhecimento levado a efeito enquanto era menor de idade (CC 1.614). Igualmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente consagra como direito fundamental a liberdade de opinião e de expressão (ECA 16 II) e de participar da vida familiar e comunitária sem discriminação (ECA 16 V).

---

47. Fabíola Lôbo, Poder familiar nas famílias recompostas..., 165.
48. Paulo Lôbo, Direito de Família e os princípios constitucionais, 119.
49. Marília Pedroso Xavier. Contrato de namoro:..., 76.

2.5.3. Igualdade e respeito à diferença

Falar em igualdade sempre lembra a célebre frase de Rui Barbosa: tratar iguais com desigualdade ou desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade.[50] É imprescindível que a lei considere todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para prevalecer a igualdade material.

Constitucionalmente é assegurado tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao Direito, pois está ligada à ideia de **Justiça**. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com **igualdade formal**: conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Aspira-se à **igualdade material** precisamente porque existem desigualdades. Também existe a **igualdade como reconhecimento**, que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais do que o respeito à diferença.

Segundo José Afonso da Silva, justiça material ou concreta pode ser entendida como a especificação da igualdade formal no sentido de conceder a cada um segundo a sua necessidade; a cada um segundo os seus méritos; a cada um a mesma coisa.[51] Portanto, é a questão da justiça que permite pensar a igualdade. Na presença de **vazios legais**, o reconhecimento de direitos deve ser implementado pela identificação da **semelhança significativa**, ou seja, por meio da **analogia**, que se funda no princípio da igualdade.[52]

Não bastou a **Constituição da República** proclamar o princípio da igualdade em seu preâmbulo. Reafirmou o direito à igualdade ao dizer (CR 5.º): *todos são iguais perante a lei*. Foi além. É a grande artífice do princípio da isonomia no Direito das Famílias. De modo enfático e até repetitivo, afirma que **homens e mulheres** são iguais em direitos e obrigações (CR 5.º I). Decanta mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente à sociedade conjugal (CR 226 § 5.º).

Depois de séculos de tratamento discriminatório, as distâncias entre homens e mulheres vêm diminuindo. A igualdade, porém, não apaga as diferenças entre os gêneros, que não podem ser ignoradas pelo Direito.[53] O

---

50. Rui Barbosa, Oração aos moços, 27.
51. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional..., 216.
52. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito de Família:..., 92.
53. Paulo Lôbo, Direito Civil: Famílias, 35.

desafio é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre os sexos dentro do princípio da igualdade. Já está superado o entendimento de que a forma de implementar a igualdade é conceder à mulher o tratamento diferenciado de que os homens sempre desfrutaram. O modelo não é o masculino, e é preciso reconhecer as diferenças, sob pena de ocorrer a eliminação das características femininas. É preciso banir a **desigualdade de gêneros**.

Em respeito ao princípio da igualdade é livre a decisão do casal sobre o **planejamento familiar** (CC 1.565 § 2.º e CR 226 § 7.º). A interferência do Estado limita-se a propiciar os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito.

Atendendo à ordem constitucional, o **Código Civil** consagra o princípio da igualdade no âmbito do Direito das Famílias, que não deve ser pautado pela pura e simples igualdade entre iguais, mas pela **solidariedade** entre seus membros. A organização e a própria direção da família repousam no princípio da **igualdade de direitos e deveres dos cônjuges** (CC 1.511), tanto que compete a ambos a direção da sociedade conjugal em **mútua colaboração** (CC 1.567). São atribuídos **deveres recíprocos** igualitariamente tanto ao marido quanto à mulher (CC 1.566). Em nome da igualdade é permitido a qualquer dos nubentes adotar o **sobrenome** do outro (CC 1.565 § 1.º). São paritários os direitos e os deveres do pai e da mãe no respeitante à **pessoa** (CC 1.631) e aos **bens dos filhos** (CC 1.690). Não havendo acordo, não prevalece a vontade de nenhum deles. Devem socorrer-se do juiz em caso de desacordos. Com relação à **guarda dos filhos**, nenhum dos genitores tem preferência (CC 1.583 e 1.584). A guarda compartilhada é a regra, sem a necessidade de consenso dos pais, dividindo-se o tempo de convívio de forma equilibrada entre os genitores.

A supremacia do princípio da igualdade alcança também os vínculos de **filiação**, ao proibir qualquer designação discriminatória com relação aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (CR 227 § 6.º). Em boa hora, o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole pela conjugalidade dos pais.

O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O **intérprete** também tem de observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades.

Em nome do princípio da igualdade, é necessário assegurar direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, atribua direitos a todas as situações merecedoras

de tutela. O grande exemplo são as **uniões homoafetivas**. Ignoradas pela lei, foram reconhecidas pelos tribunais.

2.5.4. Solidariedade e reciprocidade

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Reciprocidade é o que o outro deve ao um. Ou seja, são princípios intercambiáveis. São princípios que têm assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna. Ambos têm origem nos vínculos afetivos, e dispõem de acentuado **conteúdo ético**. A solidariedade contém em suas entranhas o próprio significado das expressões **fraternidade** e **reciprocidade**. A pessoa só existe enquanto coexiste.

Uma das técnicas originárias de proteção social que até hoje se mantém é a família.[54] A lei se aproveita do comprometimento afetivo que existe no âmbito das relações familiares para gerar **deveres recíprocos** entre os integrantes do grupo familiar. Assim, safa-se o Estado do encargo de prover a enorme gama de direitos que são assegurados constitucionalmente a todos. Com relação a crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CR 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CR 229). O mesmo ocorre com o dever de amparo às **pessoas idosas** (CR 230).

A lei civil consagra o princípio da reciprocidade ao impor a plena comunhão de vida ao **casamento** (CC 1.511). A **obrigação alimentar** dispõe de igual conteúdo (CC 1.694). Os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores de **alimentos**. A obrigação entre parentes representa a concretização dos princípios da solidariedade e da reciprocidade. Também assim os **alimentos compensatórios** têm como justificativa o dever de mútua assistência.

2.5.5. Pluralismo das entidades familiares

Com a Constituição da República, as relações familiares adquiriram novos contornos. Nas codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Os demais vínculos familiares eram condenados à invisibilidade. A partir do momento em que as uniões

54. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 103.

matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de **arranjos familiares.**[55]

Como as **uniões extramatrimoniais** não eram consideradas entidades familiares, encontravam abrigo somente no direito obrigacional, como **sociedades de fato**. Mesmo que não indicadas de forma expressa, as uniões homoafetivas foram reconhecidas como família pela Justiça. As **uniões simultâneas** – preconceituosamente nominadas de "concubinato adulterino" – também são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do Direito das Famílias. Do mesmo preconceito sofrem as famílias poliafetivas, parentais e as pluriparentais. Mas elas existem.

Excluir do âmbito da tutela jurídica as entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente chancelar o **enriquecimento injustificado**, é afrontar a ética, é ser conivente com a injustiça.

2.5.6. Proteção integral ■ crianças, adolescentes, jovens e idosos

Apesar de não elencado no art. 5.º da CR, são **fundamentais** os direitos de crianças, adolescentes e jovens.[56] Mas a **doutrina da proteção integral** dispõe de assento constitucional (CR 227), bem como a igualdade no âmbito das **relações paterno-filiais**, ao ser assegurado aos filhos os mesmos direitos e qualificações, vedadas designações discriminatórias (CR 227 § 6.º). Agora a palavra "filho" não comporta nenhum adjetivo. Não mais cabe falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Filho é simplesmente "filho".

Como afirma Paulo Lôbo, o princípio da proteção integral não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.[57] A maior **vulnerabilidade** e **fragilidade** dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí ser consagrado a crianças, adolescentes e jovens, com

---

55. Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, Famílias simultâneas..., 145.

56. Ingo Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, 134.

57. Paulo Lôbo, Direito Civil: Famílias, 45.

prioridade absoluta, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CR 227).

As formas de implementar todo esse leque de direitos e garantias estão no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990). Microssistema com normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, que reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direito. O ECA rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzi-los à maioridade de forma responsável, como sujeitos da própria vida, para que possam gozar de forma plena de seus direitos fundamentais.[58]

Em face da garantia à **convivência familiar**, há a tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças e adolescentes no seio da família natural. Porém, no mais das vezes, melhor atende aos seus interesses a destituição do poder familiar e sua entrega à **adoção**. Deve prevalecer o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral. Mas infelizmente tais valores nem sempre são preservados pela família biológica ou extensa. Daí a necessidade de intervenção do Estado, colocando-os a salvo junto a **famílias substitutas**. Afinal, o direito à **convivência familiar** não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue.[59]

A Constituição veda discriminação em razão da idade, bem como assegura **especial proteção ao idoso**. Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como lhe garantindo o direito à vida (CR 230). É determinada a adoção de políticas de amparo aos idosos, por meio de programas a serem executados, preferentemente, em seus lares (CR 230 § 1.º). Também é deferido, em sede constitucional, aos maiores de 65 anos, transporte gratuito nos coletivos urbanos (CR 230 § 2.º).

O **Estatuto do Idoso** consagra uma série de prerrogativas e direitos às pessoas de mais de 60 anos. Os maiores de 65 anos são merecedores de cuidados mais significativos. Não se trata de um conjunto de regras de caráter programático, pois são normas definidoras de direitos e garantias fundamentais de aplicação imediata (CR 5.º § 1.º).

---

58. Ana Carolina B. Teixeira e Maria de Fátima F. de Sá, Fundamentos principiológicos..., 26.
59. Paulo Lôbo, Direito Civil: Famílias, 132.

2.5.7. Proibição de retrocesso social

A Constituição, ao garantir especial proteção à família, estabelece as diretrizes do Direito das Famílias em grandes eixos, a saber:

- a igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar;
- o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção; e
- o tratamento igualitário entre todos os filhos.

Como são normas de direito subjetivo com garantia constitucional, servem de obstáculo a que se operem retrocessos sociais, o que configuraria verdadeiro desrespeito às regras constitucionais.

A consagração constitucional da igualdade, tanto entre homens e mulheres, como entre filhos, e entre as próprias entidades familiares, constitui simultaneamente garantia constitucional e direito subjetivo.[60] Assim, não pode sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária. É o que se chama de princípio constitucional da proibição de retrocesso social. Como bem ressalta Lenio Streck, é evidente que nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituinte.[61]

A partir do momento em que o Estado, em sede constitucional, garante direitos sociais, a realização desses direitos não se constitui somente em uma **obrigação positiva** à sua satisfação. Há também uma **obrigação negativa** de não se abster de atuar de modo a assegurar sua realização. O legislador infraconstitucional precisa ser fiel ao tratamento isonômico assegurado pela Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências. Do mesmo modo, todo e qualquer tratamento discriminatório levado a efeito pelo Judiciário mostra-se flagrantemente inconstitucional.

Por exemplo, quando a **lei** deixa de nominar a união estável quando assegura algum direito ao casamento, é necessário que o intérprete supra essa lacuna. Assim, onde está escrito **cônjuge**, deve-se ler **cônjuge ou companheiro**.[62] Do mesmo modo, sempre que a lei trata de forma dife-

60. Belmiro Pedro Welter, Estatuto da união estável, 219.
61. Lenio Luiz Streck, Hermenêutica jurídica e(m) crise, 97.
62. JCJF – Enunciado 97: No que tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge devem ser estendidas à situação jurídica que

rente a união estável em relação ao casamento, é de simplesmente se ter tal referência como não escrita.

Também afronta a proibição de retrocesso social a omissão do Código Civil em regular a família monoparental, à qual a Constituição assegura especial proteção.

2.5.8. Afetividade

Quando se fala em afeto, cuidado e responsabilidade, sempre vem à mente a famosa frase de Saint-Exupéry: *você é responsável por quem cativas*!

A afetividade é o princípio que fundamenta o Direito das Famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.[63] Ganhou *status* de valor jurídico a partir do momento em que as ciências psicossociais coloriram o direito.

O termo *affectio societatis*, muito utilizado no âmbito do direito empresarial, foi contrabandeado para as relações familiares. Põe em evidência que a afeição entre as pessoas é o elemento estruturante de uma nova sociedade: a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família. Como diz Ricardo Calderón, a socioafetividade é o reconhecimento no meio social de uma dada manifestação de afetividade, percepção por uma dada coletividade de uma relação afetiva.[64]

O Estado tem obrigações para com os seus cidadãos. Precisa atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos de realização, de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos – **políticas públicas** – que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo.[65]

Pouco importa que em nenhum momento a Constituição cite as palavras **afeto** ou **afetividade**. Tal fato nem de longe afasta o caráter

---

envolve o companheiro, como, por exemplo, na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do Código Civil).

63. Paulo Lôbo, Socioafetividade: O estado da arte no Direito de Família brasileiro, 14.
64. Ricardo Lucas Calderón, Princípio da afetividade no Direito de Família, 153.
65. Saul Tourinho Leal, Direito à felicidade, 575.

constitucional do princípio da afetividade. Eles são a essência de vários outros princípios constitucionais explícitos, sobretudo o maior deles, qual seja, a dignidade da pessoa humana, princípios estes umbilicalmente ligados.[66]

Basta atentar ao imenso rol de direitos individuais e sociais elencados, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado.[67]

Os fundamentos da consagração do princípio da afetividade estão nos demais princípios constitucionais:

- dignidade humana (CR 1º III);
- solidariedade (CR 3º I);
- reconhecimento da união estável (226 § 3º);
- proteção à família monoparental e dos filhos por adoção (CR 226 § 4º);
- paternidade responsável (CR 226 § 7º);
- adoção como escolha afetiva (CR 227 § 5º); e
- igualdade entre os filhos independentemente da origem (CR 227 § 6º).

Ainda que não use a palavra **afeto**, o princípio da afetividade está consagrado no âmbito de proteção estatal. Pode-se dizer que houve a **constitucionalização do afeto**, no momento em que **união estável** foi reconhecida como entidade familiar, merecedora da especial tutela do Estado e inserção no sistema jurídico. Como a união estável se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade é o que une e enlaça as pessoas. Ocorreu a constitucionalização de um modelo de família **eudemonista** e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.[68]

A igualdade entre **irmãos biológicos e adotivos** também decorre do princípio da afetividade. Atualmente, o afeto talvez seja apontado como o principal fundamento das relações familiares.

---

66. Mauricio Cavallazzi Póvoas. Multiparentalidade:..., 72.
67. Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós..., 54.
68. Silvana Maria Carbonera, O papel jurídico do afeto..., 508.

Ao identificar na Constituição quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade, Paulo Lôbo reconhece que se trata de um salto à frente da pessoa humana nas relações familiares:[69]

- a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CR 227 § 6.º);
- a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CR 227 §§ 5.º e 6.º);
- a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CR 226 § 4.º); e
- o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CR 227).[70]

O **Código Civil** também não utiliza a palavra **afeto**, ainda que, com grande esforço, se consiga visualizar na lei a elevação do afeto a valor jurídico.[71] Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue.[72] Assim, é invocada a relação de afetividade e afinidade como elemento indicativo para a definição da **guarda** a favor de terceira pessoa (CC 1.584 § 5.º). A **posse de estado de filho** nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado.

Belmiro Welter identifica algumas passagens do Código Civil em que há a valoração do afeto:

- ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (CC 1.511);
- quando admite outra origem à filiação além do parentesco natural e civil (CC 1.593);
- na consagração da igualdade na filiação (CC 1.596);
- ao fixar a irrevogabilidade da perfilhação (CC 1.604); e
- quando trata do casamento e de sua dissolução, fala antes das questões pessoais do que dos seus aspectos patrimoniais.

---

69. Paulo Lôbo, Direito Civil: Famílias, 47.
70. Idem, 43.
71. Belmiro Pedro Welter, Estatuto da união estável, 49.
72. Paulo Lôbo, Direito Civil: Famílias 56.

Já o **Estatuto da Criança e do Adolescente**, por seis vezes, faz expressa referência à afetividade na definição de família extensa (ECA 8º § 7º; 25 parágrafo único; 28 § 3º; 42 § 4º; 50 § 13 II; e 92 § 7º).

O afeto ganhou *status* de valor jurídico. Tornou-se o elemento balizador e catalizador dos vínculos familiares e sua base de sustentação.

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção **eudemonista** da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental.[73] A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.[74]

Despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo.[75] Esta evolução provocada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) instalou uma **nova ordem jurídica** para a família, atribuindo **valor jurídico ao afeto**. Inclusive a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006, 5.º II) define família como uma relação íntima de afeto.

Como diz João Baptista Villela, as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor.[76]

Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o elemento fundante do Direito das Famílias é o princípio da afetividade.

73. José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de Direito de Família, 11.
74. Paulo Lôbo, Direito Civil: Famílias, 41.
75. Michelle Perrot, O nó e o ninho, 81.
76. João Baptista Villela, As novas relações de família, 645.

2.5.9. Felicidade

Ninguém elenca o direito à felicidade como um princípio de Direito das Famílias. Não está consagrado constitucionalmente.[77] Também não há referência na legislação infraconstitucional. Mas ninguém duvida que é o direito à felicidade um princípio fundamental, materialmente constitucional. Certamente é o mais significativo de todos os princípios.

O silêncio do legislador, porém, não inibe a Justiça de invocar o direito à felicidade para colmatar as lacunas da lei. A primeira referência no âmbito do Supremo Tribunal Federal encontra-se no voto do Ministro Celso de Mello, na demanda declaratória de inconstitucionalidade da legislação que não previa reconhecimento das uniões homoafetivas como união estável. Diz o Relator em seu voto: cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da **busca da felicidade**), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.[78]

O direito à felicidade consta no preâmbulo da Declaração de Independência dos Estados Unidos do ano de 1776, que traz as palavras de Thomas Jefferson: *Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade.*

Também se encontra na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão do ano de 1789: *princípios simples e incontestáveis, que resultem sempre na manutenção da constituição e na felicidade de todos.* E diz a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão admitida pela Convenção Nacional Francesa de 1793: *O fim da sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis.*

---

77. A PEC 19/2010 – chamada de PEC da Felicidade – visa inserir a expressão "essenciais à busca da felicidade" entre os direitos sociais (CR 6º).

78. STF ADI 3300/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/02/2006.

Desde 2013, no dia 20 de março, é celebrado o **Dia Internacional da Felicidade**. A Assembleia Geral da ONU (Resolução 66/281 de 2012) determinou essa data para reconhecer a relevância da felicidade e do bem-estar como aspirações universais dos seres humanos, e a importância de sua inclusão nas políticas de governo. Relatório Anual sobre a Felicidade Mundial estuda o índice da felicidade em 156 países.

Em contrapartida ao Produto Interno Bruto (PIB) surgiu um novo indicador para medir o desenvolvimento social: a **Felicidade Interna Bruta** (FIB) ou Gross National Happiness (GNH). Trata-se de nova fórmula para medir o progresso de uma comunidade ou de uma nação. Parte da premissa de que não se deve atentar somente ao crescimento econômico, mas à integração do desenvolvimento material com o psicológico, o cultural e o espiritual. O cálculo da "riqueza" deve considerar outros aspectos além do desenvolvimento econômico, como a conservação do meio ambiente e a qualidade de vida das pessoas. Foi desenvolvido no Butão, pequeno país do Himalaia, a partir de 1972. Em resposta às críticas do pouco desenvolvimento econômico do país, o rei assumiu o compromisso de construir uma economia adaptada à cultura do seu povo.

A própria finalidade do Estado é assegurar a todos o direito à felicidade, não só como um sonho individual, mas como meta social. E não dá para ser feliz quem não tem os mínimos direitos garantidos, como o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho e à moradia. Talvez se possa dizer que a felicidade muito depende de o Estado cumprir com o seu dever de promover o bem de todos, assegurar o direito à liberdade, à igualdade e garantir o respeito à dignidade de cada um.

Afinal, a felicidade é aspiração de todos e obrigação fundamental do Estado.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define saúde como um **estado de completo bem-estar físico, mental e social**. O conceito é muito criticado, mas certamente serve para definir felicidade. Afinal, quem vive em completo bem-estar é porque tem tudo e não há como não se sentir feliz.

A família continua mais empenhada do que nunca em ser feliz. A manutenção da família visa, sobretudo, buscar a felicidade. Não é mais obrigatório manter a família – ela só sobrevive quando vale a pena. É um desafio.[79]

---

79. Renato Janine Ribeiro, A família na travessia do milênio, 23.

LEITURA COMPLEMENTAR

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade*: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais. Curitiba: Juruá, 2014.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira; ALMEIDA, Beatriz Ferreira de. Reflexões sobre a epistemologia da monogamia. *Revista IBDFAM:* Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 4. jul./ago. p. 81-102.

GHILARDI, Dóris. *Economia do afeto*: análise econômica do Direito no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. São Paulo: Almedina, 2017.

LÔBO, Paulo. Direito de Família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 101-129.

______. Relações de família e direitos fundamentais. *Revista IBDFAM:* Famílias e Sucessões. v. 2. mar./abr. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 9-22.

MIRANDA, Jorge. Sobre a relevância constitucional da família. *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, ano XI, n. 65, p. 123-134, set. 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

______. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 171-178.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEREJO, Lourival. *Novos diálogos do Direito de Família*. São Luís: Edufma, 2014.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. *O princípio da isonomia jurídica entre homens e mulheres como limitação ao poder de reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*: a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Curitiba: Juriá, 2013.

SIMÃO, José Fernando. Afetividade e parentalidade. *Revista IBDFAM:* Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v.1. jan./fev. p. 35-53.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Temas de Direito e Processo de Família e Sucessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. vol. 1.

TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família*: Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 11-28.

3

FAMÍLIA, MORAL E ÉTICA

Sumário: 3.1. Moral, ética e Direito – **3.2.** Família e ideologia – **3.3.** Família e moral – **3.4.** Família e ética – **3.5.** Boa-fé objetiva – Leitura complementar.

3.1. MORAL, ÉTICA E DIREITO

Moral e ética não se confundem, mas não é fácil distingui-las. Moral deriva do latim *mos, moris,* e significa costume ou procedimento habitual. Já ética vem do grego *ethos* e quer dizer conduta, uso, costume. Essa proximidade de significados já evidencia a dificuldade de extremar conceitos.

De modo geral, costuma-se definir **moral** como normas estabelecidas e aceitas segundo o consenso individual e coletivo, em determinado tempo e espaço. Tem função essencial à sociedade e manifesta-se desde que o homem existe como ser social. Dispõe de caráter mais pessoal, pois exige fidelidade aos próprios pensamentos e convicções íntimas. **Ética** representa o estudo dos padrões morais já estabelecidos. É reconhecida como a **ciência da moral**, ou seja, o estudo dos deveres e obrigações do indivíduo e da sociedade.[1]

Ética e moral têm muito em comum: regulam relações humanas, mediante **normas de conduta** impostas aos indivíduos para possibilitar a vida em sociedade. Ambas têm âmbito de abrangência bem mais amplo do que o **Direito**. Há uma gama enorme de regras, estabelecidas apenas como deveres morais, que escapam do universo normativo estatal. Segundo Rui Stoco, enquanto a ética é a **ciência normativa da conduta**, o Direito é o estabelecimento de uma coordenação objetiva bilateral de agir.[2] Mas o campo da ética é mais amplo do que o do Direito e também tem uma dimensão maior do que a moral. A ética enfeixa em si mesma o direito e a

1. Rui Stoco, Abuso de direito e má-fé processual, 48.
2. Idem, ibidem.

moral, servindo-lhes de esteio e sustentação.[3] Ainda assim, não se confundem. Como diz Rodrigo da Cunha Pereira, é preciso **separar radicalmente ética e moral**, privilegiando a ética, que é uma forma de conhecimento, em detrimento da moral, campo do relativismo e do subjetivismo.[4] O Direito se justifica enquanto regulamenta as relações humanas fundamentais ao Estado, mediante a imposição de sanções. Já a ética não necessita de qualquer órgão ou poder para dar-lhe sustentação, sua efetividade não necessita da coerção estatal.

Ainda que as normas éticas variem no tempo e no espaço, são elas que dão substrato ao Direito, emprestam conteúdo de validade à legislação. Assim, o Direito não pode afastar-se da ética, sob pena de perder **efetividade**. Nenhuma norma, nenhuma decisão que chegue a um resultado que se divorcie de uma solução de conteúdo ético pode subsistir. Essa preocupação não deve ser somente do legislador. Também os operadores do Direito não podem se afastar de padrões éticos. Tanto é assim que é imposto a todos os sujeitos do processo o **dever de cooperação** (CPC 6º). Não só do juiz perante as partes, mas também das partes entre si.

É necessário que a sentença imponha um **agir de boa-fé**. Não deve gerar prejuízo a ninguém e, muito menos, chancelar enriquecimento sem causa.

3.2. FAMÍLIA E IDEOLOGIA

Historicamente, a família sempre esteve ligada à ideia de instituição sacralizada e indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual, atendendo à moral conservadora de determinada época, há muito superada pelo tempo.

O afastamento entre Estado e igreja revolucionou os costumes e especialmente os princípios que regem o Direito das Famílias, provocando profundas mudanças no próprio conceito de família. Sobreveio o reconhecimento do **pluralismo das entidades familiares**, independentemente das normatizações existentes. Ainda assim, o Direito de Família é o campo do Direito mais bafejado e influenciado por ideias morais e religiosas.[5] Há a tendência do **legislador** de se arvorar no papel de guardião dos bons costu-

3. Idem, 49.
4. Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 56.
5. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 27.

mes, na busca da preservação de uma moral conservadora. O parlamentar, refugiando-se em preceitos – ou melhor, em preconceitos – religiosos, transforma-se no grande ditador. Prescreve como as pessoas devem agir, impondo pautas de conduta afinadas com a moralidade conservadora. Limita-se a regulamentar institutos socialmente aceitáveis. Com isso, não desagrada o eleitorado e garante sua reeleição. Por este motivo é que restam à margem da lei situações que são alvo do repúdio social ou dizem com as minorias objeto de discriminação. E, perversamente, qualquer agir que se diferencie do parâmetro estabelecido como "normal" sempre foi tido por inexistente.

A ideologia da família patriarcal converteu-se na **ideologia do Estado**. Invadiu a liberdade individual impondo restrições às relações de afeto. O Estado elege um modelo de família e o consagra como única forma aceitável de convívio. A lei, através de comandos intimidatórios e punitivos, busca estabelecer paradigmas comportamentais por meio de normas cogentes e imperativas, na esperança de gerar comportamentos alinhados com o padrão moral majoritário.

Além disso, na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do parâmetro reconhecido como aceitável, nega juridicidade a quem ousa afrontar o que está normatizado. Essa postura nega não só direitos. Nega a existência de fatos. Tudo que surge à margem do modelo eleito como correto não merece regulamentação. A desobediência é condenada à invisibilidade. O transgressor é punido com a exclusão do sistema jurídico. Mas as situações da vida não desaparecem simplesmente porque o legislador não as regulamenta, e a única consequência é a exclusão de direitos.

3.3. FAMÍLIA E MORAL

Em nome da moral e dos bons costumes, a história do Direito das Famílias é uma história de exclusões, e, como diz Rodrigo da Cunha Pereira, em nome dessa moral, muita injustiça já se fez.[6]

Os exemplos são vários.

Basta lembrar a rejeição aos filhos "espúrios" que existia na legislação passada. A negativa de reconhecer os **filhos havidos fora do casamento** talvez seja o exemplo mais eloquente da tendência repressora do legislador, para impedir a procriação fora dos "sagrados laços do matrimônio". O resultado não podia ser mais cruel. A tentativa era estimular o cumprimento do

6. Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 51.

dever de fidelidade e inibir a prática do crime de adultério. No entanto, o grande beneficiado era o próprio transgressor. O filho era punido. Ele e sua mãe que, além de rotulada pejorativamente como "mãe solteira", precisava criar o filho sozinha. Como o filho "ilegítimo" não podia ser reconhecido, não tinha direito à identidade ou à possibilidade de reclamar do genitor que assumisse os encargos decorrentes do poder familiar.

Em nome da preservação da paz familiar, o filho concebido fora do casamento era o condenado, enquanto o seu genitor, absolvido. Com isso acabava a lei obtendo um resultado oposto ao pretendido. Além de chancelar e incentivar a infidelidade masculina, afrontava elementares princípios éticos.

Mas não é necessário remontar à legislação pretérita para evidenciar que nem sempre o legislador está atento à dignidade da pessoa. De forma desarrazoada, presume a lei que, a partir dos **70 anos**, ninguém mais tem plena capacidade, ao menos se resolver casar. Não pode escolher o **regime de bens**. É impingido o regime da separação obrigatória (CC 1.641 II). Ou seja, o casamento não gera efeitos patrimoniais. Não é admitida sequer a divisão dos bens amealhados durante a vida em comum, o que gera o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges em detrimento do outro. Não se pode olvidar que o dever de mútua assistência faz presumir a comunhão de esforços, e vetar a divisão dos aquestos prejudica um do par. Às claras, sempre a mulher, porque nunca foi reconhecido valor econômico às chamadas "atividades domésticas".

A **jurisprudência** igualmente não resiste à sedutora arrogância de punir quem vive de maneira diversa do aceito pela moral conservadora. Buscando preservar a concepção de família afinada com o conceito de casamento, a tendência majoritária é ainda rejeitar efeitos às **famílias simultâneas** e às **uniões poliafetivas**. Mas o simples fato de tais relacionamentos não estarem contemplados na lei não quer dizer que não existem. Como sempre, a condenação é de ordem patrimonial. Negar sua existência, rotulá-las de **concubinato adulterino** e alijá-los do Direito das Famílias significa premiar quem infringe o preceito monogâmico. E, ao se abandonar o ideal de Justiça, olvida-se o valor maior: a ética.

A excessiva rigidez normativa e a injustificada omissão da lei em regrar fatos alegadamente contrários à moral e aos bons costumes acabam, no mais das vezes, produzindo efeitos perversos. Por não gerarem qualquer ônus, posturas proibidas são incentivadas, transformando-se em fonte de injustificáveis e indevidos privilégios. A lei torna-se conivente com o infrator.

Todas essas vãs tentativas, no entanto, são insuficientes para arrefecer a velha mania do ser humano de buscar a felicidade. A Justiça não pode ser nem tímida nem preconceituosa. Precisa encontrar saídas que não gerem enormes distorções.

3.4. FAMÍLIA E ÉTICA

É chegada a hora de enlaçar as relações afetivas – todas elas – no conceito de entidade familiar. A Justiça precisa perder a mania de fingir que não vê situações que estão diante de seus olhos. A enorme dificuldade de reconhecer como entidades familiares as uniões que se afastam do modelo convencional é fruto de puro preconceito.

De todo descabido não extrair consequências jurídicas e relacionamentos que têm origem em vínculos de afetividade, pelo simples fato de não corresponderem ao modelo vigente de moralidade. É chancelar o enriquecimento sem causa.

Ainda que certas uniões afetivas tenham origem em atitudes havidas por reprováveis, o magistrado não pode se afastar do princípio ético que precisa nortear todas as suas decisões. Principalmente em sede de Direito das Famílias, deve estar atento para não substituir a ética por ultrapassados moralismos. Daí a importância vital da jurisprudência que, sensível às necessidades práticas postas pela comunidade, vai revelando princípios latentes no ordenamento e conferindo-lhes, com o passar do tempo, o necessário "polimento", até que eles adquiram uma compostura mais precisa.[7]

A finalidade da lei não é imobilizar a vida, cristalizá-la. Deve permanecer em contato com ela, atenta à sua evolução e a ela se adaptar. Daí o papel social do Direito, do qual o juiz deve participar, interpretando as leis não somente segundo seu texto e suas palavras, mas consoante às necessidades sociais e exigências da Justiça e da equidade que constituem seu fim (LINDB 5.º).[8] O juiz precisa acompanhar as transformações do mundo moderno, porque, ao aplicar o Direito, não pode desconhecer os aspectos sociais, políticos, econômicos e éticos dos fatos que lhe são submetidos.[9] Não enxergar fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da justiça cega. Condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades, é olvidar que a ética condiciona todo o Direito. Para aproximar-se

7. Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 53.
8. Plauto Faraco de Azevedo, Aplicação do direito e contexto social, 149.
9. Oriana Magalhães Pinto, Considerações sobre o prisma da ética..., 16.

do ideal de Justiça, é necessário recorrer a um valor maior: a prevalência da ética sobre a moral.[10] Ao jurista do tempo presente há que se reservar missão mais nobre do que a de ser simplesmente o tabelião da história.[11]

Rodrigo da Cunha Pereira ressalta que **responsabilidade** é a palavra de ordem na contemporaneidade, devendo ser aplicada da forma mais objetiva para incluir no âmbito de proteção as pessoas em situação de vulnerabilidade. A responsabilidade é mais do que um valor jurídico, é um princípio jurídico fundamental e norteador das relações familiares, pois não busca apenas a reparação para os atos do passado. Busca, também, cumprir os preceitos éticos voltados para o futuro, ou seja, a responsabilidade com que se deve agir para a preservação dos direitos e cuidados, notadamente das pessoas vulneráveis.[12]

3.5. BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé dispõe de duas vertentes – ainda que distintas – que não se excluem. Tanto a boa-fé subjetiva como a boa-fé objetiva encontram fundamento no **dever de confiança**. Enquanto a **boa-fé subjetiva** trata da confiança própria, a **boa-fé objetiva** diz com a confiança no outro. Por isso seu conceito é ligado à noção de **lealdade** e **respeito** à expectativa alheia. Alerta Luiz Edson Fachin que a **lealdade** é uma decorrência da boa-fé e confiança nas relações privadas, o que remete ao festejado **princípio da eticidade.**[13]

A boa-fé objetiva é definida como **cláusula geral** que impõe deveres de lealdade e **respeito à confiança** recíproca entre as partes de uma relação jurídica. O exercício do direito irregular consubstancia quebra da confiança e **frustração de expectativas legítimas**. A constatação do abuso passa, obrigatoriamente, pelo reconhecimento do uso antifuncional do Direito aferido objetivamente, com base no conflito entre a sua finalidade própria e a atuação concreta da parte.[14]

A proibição de comportamento contraditório está sintetizada no adágio: ***nemo potest venire contra factum proprium***.[15] Tal significa que,

10. Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 88.
11. Gustavo Tepedino, O Código Civil, os chamados microssistemas..., 16.
12. Rodrigo da Cunha Pereira, Responsabilidade civil pelo abandono afetivo, 399.
13. Luiz Edson Fachin, Famílias: entre o público e o privado..., 20.
14. Cristiano Chaves de Farias, Escritos de Direito e Processo das famílias, 61.
15. Em tradução livre: ninguém pode vir contra o próprio ato.

se alguém se comporta em certo sentido não pode vir a contrariar, posteriormente, este comportamento inicial, lesando a legítima **confiança** despertada em outrem, sob pena de violação à boa-fé objetiva do outro. Segundo Cristiano Chaves, trata-se da **tutela jurídica da confiança**, que impõe o dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e às expectativas despertadas em alguém.[16]

Ressalta Marianna Chaves que uma das grandes conveniências do uso do *venire contra factum proprium* no Direito das Famílias está no seu cariz objetivo e não contratual. A proibição do comportamento contraditório não depende da vontade de quem agiu de modo dissonante, bastando para sua aplicação efetiva contradição, em transgressão às expectativas legítimas produzidas pelo agir anterior.[17]

- **Supressio** – a perda, a supressão de determinada faculdade jurídica pelo decurso do tempo. O retardamento em exercitar determinado direito faz surgir para o outro uma justa expectativa. A quebra da **expectativa** qualificada pelo tempo gera a **supressão** de situações jurídicas, impedindo o exercício de direitos, sob pena de caracterização de abuso.

- **Surrectio** – o surgimento de uma situação ou vantagem para alguém em razão do não exercício por outrem de determinado direito, cerceando a possibilidade de exercê-lo posteriormente.[18] A *supressio* se aproxima do *venire contra factum proprium*, pois ambas atuam como fatores de preservação da confiança alheia.[19]

A boa-fé objetiva nasceu e se desenvolveu no âmbito do Direito das Obrigações, em um contexto negocial, mas acabou se alastrando a todas as relações jurídicas, inclusive nas relações de família, como critério de controle de legitimidade do exercício da autonomia privada.[20] As relações de família exigem dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no outro. Trata-se de verdadeiro **dever jurídico** de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família,

16. Cristiano Chaves de Farias, A tutela jurídica da confiança..., 247.
17. Marianna Chafes. *Venire contra factum proprium, suppressio e surrectio:..., 625.*
18. Idem, Escritos de Direito e Processo das famílias, 67.
19. Idem, 68.
20. Anderson Schreiber, O princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família, 127.

mas também as relações de conteúdo pessoal, existencial. Caracteriza-se como regra de conduta externa, um dever das partes de se pautarem pela honestidade, lealdade e cooperação em suas relações jurídicas.[21] A boa-fé é multifuncional. Quando se trata de relações existenciais, Cristiano Chaves diz que a confiança se materializa no **afeto.**[22]

Cabem alguns exemplos trazidos pela doutrina.

Na chamada **adoção "à brasileira"** não tem cabimento a ação negatória de paternidade por parte do pai que registrou voluntariamente o filho, sabendo que ele não é seu. Admitir a ação violaria a legítima confiança do filho. Tal comportamento afrontaria a boa-fé objetiva incidente sobre aquela relação familiar, ou um dever mais amplo de solidariedade no âmbito da família.[23]

A vedação do enriquecimento sem causa coibido pela lei (CC 884) impede que seja aplicada a regra que determina a comunicabilidade dos bens até cinco anos depois da **separação de fato**, ainda que transferidos ao concubino (CC 1.642 V). Trata-se de dispositivo que afronta diretamente a boa-fé objetiva.[24]

A **infidelidade** viola a expectativa de construção de uma vida em comum, fundada na convivência monogâmica pautada na exclusividade da relação conjugal.[25]

De outro lado, as **famílias simultâneas** merecem reconhecimento como entidade familiar quando ocorre o atendimento recíproco, entre todos os componentes, dos deveres impostos pela boa-fé objetiva.[26]

Jones Figueirêdo faz instigante colocação sobre o **estelionato do afeto**, como a mais severa forma abusiva de direito, em afronta aos princípios da boa-fé, da lealdade e da confiança, da assistência mútua e do respeito recíproco, e a todos os valores de ordem moral e jurídica que compreendem as relações familiares. Comete **abuso de direito** quem não exercita o seu direito de ser feliz sozinho e mantém uma união sob a falsa premissa de

---

21. Fernanda Pesanha do Amaral Gurgel, Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva, 93.
22. Idem, 250.
23. Anderson Schreiber, O princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família, 140.
24. Cristiano Chaves de Farias, A tutela jurídica da confiança..., 252.
25. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Famílias simultâneas e monogamia, 212.
26. Letícia Ferrarini, Famílias simultâneas..., 111.

existência do amor. No cotidiano e no Direito, a não afetividade do que deveria ser afetivo é o instrumento condutor do direito na família.[27]

LEITURA COMPLEMENTAR

COSTA, Jurandir Freire. Família e dignidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 15-28.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. Responsabilidade civil nas relações de conjugalidade e de filiação: abandono material e imaterial ("abandono afetivo") e dano moral. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre, n. 13, p. 5-31, jul./ago. 2016.

GURGEL, Fernanda Peçanha do Amaral. *Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

PACHÁ, Andréa. Direito das famílias e religiões: liberdade, fé e a primazia do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família*: Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 619-628.

27. Jones Figueirêdo Alves, Abuso de direito no Direito de Família, 483.

4

FAMÍLIA NA JUSTIÇA

Sumário: 4.1. Lei e família – **4.2.** A jurisdição de família – **4.3.** Interdisciplinaridade – **4.4.** Mediação e conciliação: **4.4.1.** Constelação familiar e direito sistêmico – **4.5.** Especialização – **4.6.** Ações de família: **4.6.1.** Ações litigiosas; **4.6.2.** Ações consensuais – **4.7.** Competência: **4.7.1** Vara das Famílias ou da Infância e Juventude – **4.8.** Questões probatórias: **4.8.1** Depoimento especial – **4.9.** Tutela provisória, de urgência, antecipada, cautelar e de evidência – **4.10.** Recursos – **4.11.** Ministério Público – **4.12.** Defensoria Pública – Leitura complementar.

Referências legais: CR 5.º LVI; CPC 3.º §§ 1.º a 3.º, 53 I e II, 178 II, 247 I, 248, 693 a 699, 731 a 734, 1.048 I e II; Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação); Lei 13.431/2017 (Sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência) 7º a 12; CNJ – Resoluções 125/2010, 271/2017 e 299/2019, Provimento 67/2018 e Recomendação 28/2018.

4.1. LEI E FAMÍLIA

O Direito das Famílias acolhe o ser humano desde antes do nascimento, por ele zela durante a vida e cuida de suas coisas até depois de sua morte. Procura dar-lhe proteção e segurança, rege sua pessoa, insere-o em uma família e assume o compromisso de garantir sua dignidade. Também regula seus laços amorosos para além da relação familiar. Essa série de atividades nada mais significa do que o compromisso do Estado de dar afeto a todos de forma igualitária, sem preconceitos e discriminações.

Como a finalidade da legislação é organizar a sociedade, a tendência é preservar as estruturas de convívio já existentes. O **legislador** se limita a estabelecer regras de conduta dotadas de sanção e não consegue se desape-

gar desta postura na hora de regular relações afetivas. A lei é retardatária, sempre vem depois. Daí ser conservadora. Tenta impor limites, formatar comportamentos dentro dos modelos preestabelecidos pela sociedade, na busca de colocar moldura nos fatos da vida.

Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, no qual a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.[1] O desafio do juiz está em julgar com Justiça, valendo-se dos princípios ético-jurídicos num balanceamento dos interesses em conflito.[2] Não lhe compete a simples aplicação das leis. É preciso aplicá-las de modo a encontrar o justo no caso concreto.[3]

Como precisa decidir sobre o direito à vida, dignidade, sobrevivência, não tem como simplesmente ditar, de maneira imperativa e autoritária, qual regra aplicar, encaixando o fato ao modelo legal. Em sede de Direito das Famílias não dá para amoldar a vida à norma. Mais do que buscar regras jurídicas, é necessário que sejam identificados os **princípios** que regem a situação posta em julgamento, pois a decisão não pode chegar a um resultado que afronte o preceito fundamental de **respeito à dignidade humana**.

O processo deve ser informado por normas jurídicas e normas de conduta, sem perder de vista a necessidade de impor atitudes que respeitem a **ética**. De há muito o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético, voltado a pacificar com justiça.[4]

Rodrigo da Cunha Pereira diz ser necessário tirar a regra jurídica (lei) desse lugar mágico e a que todos devem subserviência às cegas, como se ela tivesse o poder absoluto de tudo determinar. Interpretar uma lei sem ponderá-la com outras fontes de Direito, como os princípios constitucionais, equidade, doutrina, jurisprudência, e principalmente os costumes, é dar a ela um *status* de fetiche, é empobrecê-la. E conclui que o juiz não pode fazer da lei um fetiche, apegar-se à sua literalidade sem interpretá-la no contexto social, de acordo com outras fontes do Direito, especialmente

1. Christiano Cassettari, Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:..., 143.
2. Oriana Magalhães Pinto, Considerações sobre o prisma da ética..., 16.
3. Plauto Faraco de Azevedo, Aplicação do direito e contexto social, 153.
4. Rui Stoco, Abuso de direito..., 13.

os princípios da dignidade humana, da pluralidade das famílias, da menor intervenção estatal e autonomia privada.[5]

A valorização excessiva da norma jurídica ainda é uma realidade que impede colocar sob proteção a família e seus conflitos, em razão da impossibilidade de o direito positivo regulamentar as singularidades de cada arranjo familiar.[6]

A função de apanhar o fato e conferir-lhe tutela jurídica é delegada ao juiz, cujo papel mais significativo é dar uma resposta, mesmo que não exista previsão legal.

A falta de lei não significa ausência de direito. Afinal, o silêncio do legislador não pode calar o juiz, que precisa honrar com o seu compromisso de fazer Justiça.

4.2. A JURISDIÇÃO DE FAMÍLIA

Uma verdade que ninguém duvida: são os restos do amor que batem às portas do Judiciário. As peculiaridades que envolvem as questões familiares exigem que os profissionais que atuam no delicado processo de rompimento dos vínculos conjugais e parentais tenham consciência da importância da sua missão.[7] Indispensável que magistrados, promotores, advogados e defensores públicos sejam mais sensíveis, tenham formação diferenciada. Devem atentar para o fato de que trabalham com o ramo do direito que trata mais de perto com a pessoa, seus sentimentos, suas perdas e frustrações.

O juiz não pode esquecer que, ao se apaixonarem, as pessoas sentem ter encontrado a parte de si que lhes faltava. Nada mais fazem do que projetar sobre a outra pessoa sua própria imagem ou a imagem de seu ideal – "inventa-se" o outro, agigantando suas qualidades e defeitos.[8] Assim, quando se rompe o sonho da plenitude da felicidade, as pessoas se confrontam com o desamparo, e partem em busca de um culpado. As separações acarretam perdas emocionais, lutos afetivos pela morte de um projeto a dois, pelo fim dos sonhos acalentados e não realizados.[9]

5. Rodrigo da Cunha Pereira, O perverso fetichismo da lei....
6. Eliene Ferreira Bastos, Uma visão de mediação familiar, 142.
7. Lenita Pacheco Lemos Duarte, A guarda dos filhos na família em litígio:..., 202.
8. Maria Antonieta Pisano Motta, Além dos fatos e dos relatos:..., 44.
9. Idem, 41.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira – que tão bem sabe conjugar direito e psicanálise –, as questões de Direito das Famílias estão sempre em torno do eterno desafio que é a essência da vida: dar e receber amor.[10] Quem vai ao Judiciário, na maioria das vezes, chega fragilizado, cheio de mágoas, incertezas, medos. E, em matéria de família, mais do que a letra fria ou o rigorismo do texto legal, a norma que deve ser invocada é a que apela à sensibilidade jurídica (LINDB 5.º): *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

O escoadouro das desavenças familiares são as **varas de família**, sempre superlotadas. O critério para atuar nessa especialidade não deve ser a promoção por merecimento e antiguidade. É preciso verificar o perfil do magistrado, promotor e defensor, os quais devem receber alguma capacitação antes de assumirem tais funções. É imprescindível a qualificação de forma interdisciplinar dos agentes envolvidos no conflito familiar para a compreensão das emoções e do grau de complexidade dos vínculos familiares. Não basta o conhecimento técnico jurídico.

Todos os chamados de operadores do direito precisam ter consciência da ascendência que possuem sobre as partes. Eles ocupam o lugar que é atribuído à lei, ao Estado, a quem as pessoas conferem o "lugar do suposto saber" ou do "grande pai", o qual sabe o que deve ou não autorizar, a quem e quando punir, a quem e como beneficiar ou proteger.[11]

O juiz de família tem largo campo de **atuação discricionária** para a busca da almejada conciliação das partes. Além da audiência preliminar, pode convocar as partes a qualquer tempo, sempre que vislumbre possível acerto amigável. Como a justiça precisa atentar à dinâmica das relações familiares, de modo frequente, a jurisprudência acaba emprestando interpretações diversas a leis ou a posições jurisprudenciais já consolidadas. E sempre que os tribunais superiores firmam novo entendimento, é indispensável que se estabeleça a **modulação** de seus efeitos (CPC, art. 927, § 3.º). Quando ocorre uma guinada jurisprudencial, é preciso atentar ao **princípio da confiança** e garantir a **segurança jurídica**.

O tradicional papel do **advogado** litigante cede lugar ao advogado negociador, que, juntamente com o juiz conciliador, apontam ao interessado o modo mais conveniente para obter a solução do conflito que o aflige.[12] Ninguém, principalmente os que trabalham com a família, pode esquecer

10. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito, amor e sexualidade, 59.
11. Maria Antonieta Pisano Motta, Além dos fatos e dos relatos:..., 43.
12. Silvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 26.

que o direito também é vida, é gente, é sociedade, é incessante e desesperada ânsia de alcançar o justo.[13] A ética da responsabilidade assume dimensão especial na medida em que, com o processo de racionalização da sociedade moderna, as concepções de família são desencantadas.[14]

4.3. INTERDISCIPLINARIDADE

Desde que Freud revelou ao mundo a existência do **inconsciente** e fundou a **psicanálise**, o pensamento contemporâneo ocidental tomou outro rumo. Ele foi o grande responsável pela compreensão de um novo discurso sobre o **afeto**: a legalidade da subjetividade.[15] A psicanálise veio demonstrar que a objetividade dos fatos jurídicos está permeada de uma subjetividade que o direito não pode mais desconsiderar.[16]

As ciências psicossociais acabaram por colorir o Direito das Famílias. Por isso, no âmbito das demandas, é indispensável mesclar o Direito com outras áreas do conhecimento que têm, na família, seu objeto de estudo e identificação. Nessa perspectiva, a **psicanálise**, a **psicologia**, a **sociologia**, a **assistência social** impõem um trabalho muito integrado. O aporte interdisciplinar, ao ampliar a possibilidade de conhecer o sujeito, traz ferramentas valorosas para a compreensão das relações dos indivíduos, sujeitos e operadores do direito, com a lei.[17] Na tentativa de auxiliar a organização do conflito, os profissionais devem reconhecer o benefício do trabalho de cooperação com outras áreas do conhecimento, sob pena de se infringirem princípios maiores que gozam de garantia constitucional.[18]

Muitas vezes é impossível formar um **juízo de convicção** sem o uso da interdisciplinaridade. Avaliações psicológicas e estudos realizados por assistentes sociais são importantes ferramentas. Não cabe à Psicologia vestir a toga para cominar ou inocentar um afeto sem lei, como juiz que ela não é. Mas como ciência que de fato é, cabe-lhe decifrar condutas – desdobramentos possíveis de impulsos e desejos – que se ocultam por trás dos elementos da causa jurídica.[19] É imprescindível que Poder Judiciário

13. Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de Direito de Família, 12.
14. Denise Duarte Bruno, Balizando sociologicamente ▪ questão da ética..., 500.
15. Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 17.
16. Rodrigo da Cunha Pereira, Pai, por que me abandonaste?, 219.
17. Giselle Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira, Direito de Família ▪ psicanálise, 12.
18. Eliene Ferreira Bastos, Uma visão de mediação familiar, 145.
19. Viviane M. Ciambelli, Impacto da alienação parental nas avaliações..., 211.

se utilize do conhecimento que a Psicologia produziu sobre relações familiares, vínculo, gênero e violência contra a mulher para que possa avaliar as questões dos Direitos de Família de forma ampla e complexa a fim de garantir os direitos de todos os envolvidos.

Psicanálise e Direito convergem e divergem em vários aspectos, mas se encontram e se completam em seus opostos. Enquanto a Psicanálise é sistema de pensamento, que tem o desejo e o inconsciente, portanto a **subjetividade** como pilar, o Direito é um sistema de limites, vínculos de vontade e controle das pulsões, que vem trazer a lei jurídica para quem não tem a lei interna, isto é, quem não contém seus impulsos gozosos. A partir da compreensão destes conceitos, é melhor a percepção e a atuação dos profissionais do Direito.[20]

A dificuldade que ainda persiste é quando as partes residem em **comarcas ou estados diferentes** e as perícias acabam sendo realizadas por peritos distintos, que apresentam **laudos unilaterais**. Não há como um juiz decidir com base em estudo assim elaborado. Imperioso atentar à necessidade de assegurar meios para que seus auxiliares se desloquem para onde for necessário. Às claras que a surrada alegação de falta de recursos não pode servir de justificativa.

4.4. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado, principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos desfeitos. A resposta judicial nunca corresponde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo fim do sonho do amor eterno do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica. Independentemente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos integrantes do litígio familiar.

Como diz Ana Gerase, toda mudança gera temor. O novo assusta. Nem todos permitem um novo olhar, apegados ao modelo litigante absorvido lá nos bancos escolares, que até hoje não aborda os diversos métodos de resolução de conflitos.[21] Certamente não há outro campo em que as **técnicas alternativas** para levar as partes a encontrar uma **solução consensual** apresente resultado mais efetivo do que no âmbito dos conflitos familiares: torna possível a identificação das necessidades específicas de cada integran-

20. Rodrigo da Cunha Pereira, Psicanálise pode melhorar percepção e atuação...
21. Ana Gerbase, Lidando com os conflitos..., 31.

te da família, distinguindo funções, papéis e atribuições de cada um. Com isso possibilitam que seus membros configurem um novo perfil familiar.[22]

Mediação e conciliação não se confundem.

Conciliação é uma forma de solução de conflito na qual uma terceira pessoa pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra e imparcial com relação ao conflito. Trata-se de um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.

Já a **mediação** busca transformar uma situação adversarial em um processo colaborativo, estimulando o diálogo e a construção criativa da solução pelas próprias partes.[23] Deve ser levado em conta o respeito aos sentimentos conflitantes, pois coloca os envolvidos frente a frente na busca da melhor solução, permitindo que, através de seus recursos pessoais, se reorganizem.[24] O mediador facilita o diálogo para que as partes construam com autonomia e solidariedade alternativas satisfatórias. A decisão não é tomada pelo mediador, pois a finalidade da mediação é permitir que os interessados resgatem a responsabilidade por suas próprias escolhas.

A mediação não é um meio substitutivo da via judicial. Estabelece uma complementaridade que qualifica as decisões judiciais, tornando-as verdadeiramente eficazes. Cuida-se da busca conjunta de soluções originais para pôr fim ao litígio de maneira sustentável. A esses propósitos atentou o **Código de Processo Civil** ao consagrar a arbitragem, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual, para desafogar a Justiça (CPC 3º).

Tanto o juiz pode determinar de ofício como o Ministério Público, advogados e defensores podem, a qualquer tempo, requererem o uso de tais meios conciliatórios. Os tribunais devem criar **centros de solução consensual de conflitos** (CPC 165 a 175). Como é utilizado o verbo no futuro: "criarão", trata-se de imposição cogente. Essa determinação já havia sido determinada pelo CNJ.[25] Inclusive, há a possibilidade de procedimentos de conciliação e mediação serem realizados pelos serviços notariais e registrais.[26]

22. Argene Campos e Enrica Gentilezza de Brito, O papel da mediação..., 321.
23. Maria de Fátima Almeida, A mediação como método de resolução..., 136.
24. Eliene Ferreira Bastos, Uma visão de mediação familiar, 147.
25. CNJ – Resolução 125/2010.
26. CNJ – Provimento 67/2018, Resolução 271/2017 e Recomendação 28/2018.

Todos os processos iniciam por uma **audiência de conciliação** (CPC 334 e 308 § 3.º), a ser conduzida por **conciliador** ou **mediador judicial**. Apesar da expressão legal, mais técnico é falar em sessão de mediação, reservando o termo audiência para a solenidade presidida pelo juiz.

A mediação não se realizará se as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual (CPC 334 § 4.º I) ou quando a demanda não comportar autocomposição (CPC 334 § 4.º II).

Na **inicial** de toda e qualquer ação deve o autor se manifestar sobre o interesse em que seja realizada ou não a audiência de conciliação ou mediação (CPC 319 VII). Se declinar da autocomposição, deve o juiz determinar a citação do réu para contestar.

No silêncio do autor, descabe determinar que emende a petição inicial. Não se trata de **requisito essencial**. Deste modo, nada dizendo o autor, a audiência conciliatória deve ser designada.

Designada a solenidade, o réu pode manifestar seu desinteresse na sua realização, por petição, protocolada 10 dias antes da audiência (CPC 334 § 5.º). A intimação deve ser feita por Oficial de Justiça.

O réu deve comparecer pessoalmente acompanhado de advogado ou defensor (CPC 250 IV).

Qualquer das partes pode constituir **representante** – não necessariamente um advogado – para a audiência, com poderes para negociar e celebrar acordo (CPC 334 § 10).

De todo descabido considerar como **ato atentatório à dignidade da Justiça** o não comparecimento injustificado de qualquer das partes à audiência de conciliação, sujeitando o faltante ao pagamento de **multa** de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, importância que reverte em favor da União ou do Estado (CPC 334 § 8.º). Como a solenidade é presidida por um mediador, não pode ele impor tal penalidade. De outro lado, foge ao **princípio da razoabilidade** tal imposição, à qual não se sujeita a parte que deixar de comparecer a qualquer solenidade judicial.

O prazo da **contestação** inicia-se na data da audiência conciliatória ou da última sessão de conciliação ou mediação (CPC 335 I).

Nas ações de família, para a mediação e conciliação deve o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento (CPC 694). A audiência de mediação e conciliação pode dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual (CPC 696).

Constitui **título executivo extrajudicial** instrumento de transação referendado pelo conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal (CPC 784 IV).

Além da mediação e da conciliação judicial, é regulamentada a atividade de conciliadores, mediadores e de câmaras privadas de mediação (CPC 167).

Para atuarem como mediadores e conciliadores, os candidatos precisam frequentar curso ministrado por entidade credenciada, conforme parâmetros definidos pelo Conselho Nacional de Justiça, em conjunto com o Ministério da Justiça (CPC 167 § 1.º).

Deve haver um **cadastro federal** e um **cadastro estadual** composto exclusivamente por quem tiver obtido a devida certificação.

Ainda que se trate de atividade remunerada, um percentual de audiências será realizado ***pro bono*** para o atendimento dos processos em que há gratuidade da Justiça. Trata-se de contrapartida pelo cadastramento (CPC 169 § 2.º).

A **Lei da Mediação**[27] consagra como princípios: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade e boa-fé. Regulamenta a mediação judicial e a extrajudicial e regulamenta o procedimento a ser adotado.

Na tentativa de livrar o Judiciário do número excessivo de demandas, o CNJ[28] expediu **provimento** autorizando os **serviços notariais** a promoverem mediações e conciliações, bem como recomendou aos tribunais estaduais que celebrem **convênios** com notários e registradores para a instalação de centros judiciários de solução de conflitos e cidadania.[29] Podem ser objeto de composição direitos disponíveis e direitos indisponíveis que admitem transação. Nesta hipótese, firmado o acordo, cabe ao servidor diligenciar a homologação judicial.

4.4.1. Constelação familiar ▪ direito sistêmico

Vem ganhando espaço no âmbito dos juizados de família e sucessões a adoção de outras técnicas de solução de conflitos, como a constelação

27. Lei 13.140/2015.
28. CNJ – Provimento 67/2018.
29. CNJ – Recomendação 28/2018.

familiar, que deu origem ao Direito sistêmico. Tem fundamento na física quântica e na programação neurolinguística (PNL), baseado no princípio de que "tudo o que é trazido à luz em luz se transforma".

A **constelação familiar** consiste na representação das partes e membros das respectivas famílias envolvidos no conflito por outras pessoas, chamadas de **estátuas vivas**. Trata-se de um método de abordagem que procura chegar à origem das desavenças. Uma técnica psiquicoterapêutica com o propósito de devolver o conflito aos seus autores para que removam algumas camadas e encontrem uma solução efetiva e permanente, restabelecendo a paz familiar.

De um modo geral, as sessões de constelação são coletivas, para as quais são convidadas a participar as partes de vários processos. A participação é voluntária. Depois da explanação sobre o propósito da dinâmica, as partes são convidadas a participar. Elas indicam entre os presentes quem vai fazer os papéis de cada um e de seus familiares. Os participantes começam a interagir e acabam desvendando a motivação que deu ensejo à controvérsia.

A audiência conciliatória é realizada posteriormente, chegando-se à solução da demanda em índices muito expressivos.

O **direito sistêmico** tem fundamento e origem na constelação familiar. Foi introduzido no Brasil pelo magistrado Sami Storch, ao observar as chamadas leis sistêmicas que regem as relações.

O Direito sistêmico vê as partes em conflito como membros de um mesmo sistema, ao mesmo tempo em que vê cada uma delas vinculada a outros sistemas dos quais simultaneamente façam parte (família, categoria profissional, etnia, religião etc.) e busca encontrar a solução que, considerando todo esse contexto, traga maior equilíbrio.[30]

4.5. ESPECIALIZAÇÃO

Como diz João Baptista Villela, a justiça de família, tal qual a própria família, só pode ganhar ao se concentrar no que constitui o seu fazer específico, o que importa em tratamento mais adequado dos problemas submetidos à sua jurisdição.[31] Cada vez mais é imprescindível a intervenção interdisciplinar, pois não há como o juiz apreender o que se passa no subjetivismo das partes.

30. Sami Storch, Direito sistêmico é uma luz no campo...
31. João Baptista Villela, Repensando o Direito de Família, 29.

As peculiaridades do Direito das Famílias, que diz com a vida afetiva das pessoas, impõem a criação de **varas especializadas**, matéria de competência afeta à organização judiciária dos Estados.

Alguns tribunais também já contam com **câmaras especializadas** em Direito das Famílias e com o apoio de mediadores, que realizam sessões de conciliação na instância recursal, na busca de soluções que melhor atendam aos interesses das partes.

A **Lei Maria da Penha** (Lei 11.340/2006 - LMP) criou os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e atribuiu-lhes competência cível e criminal para o processo, julgamento e execução das causas envolvendo a violência doméstica (LMP 14). Tais juizados devem contar com equipe de "atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde" (LMP 29). Enquanto não instalados esses juizados, foi atribuída competência às varas criminais e assegurado o direito de preferência (LMP 33).

4.6. AÇÕES DE FAMÍLIA

O **Código Civil** dedica um livro ao Direito das Famílias (CC 1.511 a 1.783-A). O **Código de Processo Civil** apenas um capítulo de escassos sete artigos para as demandas litigiosas (CPC 693 a 699) e quatro artigos para as ações consensuais (CPC 731 a 734). Dá tratamento destacado ao cumprimento da obrigação alimentar imposta judicialmente (CPC 528 a 533) e à execução dos alimentos estabelecidos extrajudicialmente (CPC 911 a 913).

Ainda assim, deixa de assegurar a merecida agilidade às questões de família que batem às portas do Judiciário. Afinal, trata-se do mais sensível ramo do direito, a demandar **tutela diferenciada**, atenta e urgente. Mas foi um avanço.

Ante os rumos atuais do Direito das Famílias, bem andou o estatuto processual em limitar a intervenção do **Ministério Público** às ações em que existir interesse público, social ou de incapaz (CPC 178 I e II). Assim, não participa nem mesmo das ações em que sua presença está prevista no Código Civil. Tais regras restaram derrogadas pelo advento de lei mais recente.

A **legitimidade** das partes nas ações de família tem características próprias. Basta lembrar que na ação de divórcio são definidos alimentos aos filhos (CPC 731 IV), os quais não são parte no processo.

A própria **coisa julgada**, que tem assento constitucional (CR 5.º XXXVI), cede na busca à identidade dos vínculos de filiação, pois sua **relativização** está consagrada pela jurisprudência.

É assegurada **prioridade na tramitação** dos procedimentos judiciais e administrativos quando alguma das partes tem idade igual ou superior a **60 anos** ou estiver acometida de **doenças graves**, (CPC 1.048). A tramitação prioritária independe de deferimento, devendo ser concedida diante da prova da condição do beneficiário (CPC 1.048 § 4.º). Mesmo com o **falecimento** da parte, prossegue a prioridade em favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente (CPC 1.048 § 3.º).

Quando em vez fala a lei em **interesse público ou social**, quer para impor a participação do **Ministério Público** (CPC 178 I), quer para assegurar o **segredo de Justiça** (CPC 189 I).

É afastado o impedimento dos parentes para serem **testemunhas** quando houver interesse público ou se tratar de causa relativa ao estado da pessoa (CPC 388 parágrafo único). Estes são conceitos indeterminados e não há consenso na doutrina e na jurisprudência sobre sua abrangência. De modo geral, os juízes colhem o depoimento de testemunhas impedidas ou suspeitas, na condição de informante (CPC 447 § 5.º).

Outra expressão sem conteúdo determinado é **direitos indisponíveis**, cuja presença afasta os efeitos da **revelia** (CPC 345 II) e não vale a **confissão** das partes (CPC 392). O simples fato da revelia não pode tornar verossímil o absurdo: se não houver o mínimo de verossimilhança na postulação do autor, não será a revelia que lhe conferirá a plausibilidade que não possui.[32]

4.6.1. Ações litigiosas

O capítulo do Código de Processo Civil dedicado às **ações de família** disciplina as demandas litigiosas de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. No entanto, não se trata de **enumeração exaustiva**. Não há como excluir do rito especial demandas outras como, por exemplo, de anulação de casamento.[33]

Já as ações de alimentos e as que versam sobre interesse de crianças ou adolescentes foram relegadas à **Lei de Alimentos** (Lei 5.478/1968) e ao **Estatuto da Criança e do Adolescente** (Lei 8.069/1990). Ditas exceções só trazem problemas. Com relação à **ação de alimentos**, perdeu o legislador uma bela oportunidade de atualizá-la e agilizar o seu procedimento, que se encontra absolutamente fora do contexto atual, gerando, ainda, inúmeras

32. Fredie Didier Júnior, Curso de Direito Processual Civil, 774.

33. IBDFAM – Enunciado 19: O rol do art. 693 do Novo CPC é meramente exemplificativo, e não taxativo.

dificuldades interpretativas. A ressalva de emprestar sobrevida à Lei de Alimentos é ainda mais surpreendente porque a **execução dos alimentos** está regulada na lei processual, revogando, assim, parte de seus dispositivos. Teria andado melhor se tivesse sepultado de vez uma lei editada no longínquo ano de 1968. Mais um fator complicador. Por exemplo, não há como decidir as questões da guarda sem estabelecer a obrigação alimentar. Nessa hipótese, que lei seguir?

O mesmo se diga quanto à remissão ao Estatuto da Criança e do Adolescente. As ações de guarda e visitação – expressões inclusive já em desuso, pois hoje se fala em direito de convivência –, bem como as ações de filiação, não devem ser regidas por lei que diz com crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade (ECA 98). São suscitados inúmeros conflitos de competência, o que só atrasa os processos que, constitucionalmente, deveriam gozar de prioridade absoluta.

Chama a atenção a permanência do revogado instituto da **separação**. Derradeira – mas vã – tentativa de ressuscitar o que morto está: a ação de separação judicial. A possibilidade do rompimento do casamento, com a mantença do vínculo conjugal, não mais existe. Em face da Emenda Constitucional 66/2010, que alterou o § 6.º do art. 226 da Constituição da República, a única forma de dissolução do casamento é o **divórcio**. Ainda assim, seis dispositivos usam a expressão separação (CPC 53 I, 189 II, 693, 731, 732 e 733) e somente um fala em **separação judicial** (CPC 23 III). Para não rotular de inconstitucionais tais dispositivos, o melhor é reconhecer que a referência é à **separação de fato** que, ao ser decretada judicialmente, passa a chamar-se de **separação de corpos**. Não há outra leitura possível.

A lei processual impõe a realização de **audiência preliminar de conciliação ou mediação**, em todos os processos de conhecimento (CPC 334). Tal solenidade pode ser levada a efeito por **videoconferência**, ou outras formas de comunicação virtual.[34]

Porém, qualquer das partes pode manifestar desinteresse na sua realização (CPC 334 § 5.º). Nas demandas de família, no entanto, a **audiência de mediação e conciliação** é obrigatória. Depois de apreciado eventual pedido de **tutela provisória**, o juiz determina a citação do réu

34. JCJF – Enunciado 25 – As audiências de conciliação ou mediação, inclusive dos juizados especiais, poderão ser realizadas por videoconferência, áudio, sistemas de troca de mensagens, conversa on-line, conversa escrita, eletrônica, telefônica e telemática ou outros mecanismos que estejam à disposição dos profissionais da autocomposição para estabelecer a comunicação entre as partes.

para comparecer à solenidade, não sendo facultado às partes dispensar sua realização (CPC 695). O silêncio do legislador permite a conclusão de que nessas ações a audiência é obrigatória, independentemente da vontade das partes.[35]

De outro lado, a eventual ausência não configura **ato atentatório à dignidade da Justiça** nem justifica a imposição de **multa** (CPC 334 § 8.º). Injustificável apenação de duvidosa constitucionalidade. Até porque o juiz marca a **sessão** de conciliação ou mediação – e não audiência – e não a preside. Nesse caso cabe questionar se teria o mediador ou o conciliador legitimidade para impor a multa.

Apesar da referência da lei processual de que o juiz, o mediador ou o conciliador devem estar acompanhados de profissionais de outras áreas de conhecimento (CPC 694), a mediação dispõe de procedimento regido em lei própria (Lei 13.140/2015).

De qualquer modo, a ausência de mediador ou conciliador não autoriza a dispensa da audiência, que deve ser presidida pelo juiz.[36]

Para os processos em geral, a **citação** é feita, preferencialmente, pelo correio (CPC 247). Não pode ser diferente nas ações de família. Apesar da determinação de que a citação seja **pessoal** (CPC 247 I e 695 § 3.º), a feita pelo correio também é pessoal. Não importa quem entrega o mandado ao réu, se o oficial de justiça ou o carteiro. Basta que o envio ocorra por AR em mão própria. Como é dispensável a expedição de **precatória** nos juizados especiais, podendo o ato ocorrer via postal, por ofício do juiz, fax, telefone ou outro meio idôneo de comunicação,[37] nada justifica que são sejam utilizadas estas modalidades mais ágeis nas demandas de família, cuja celeridade é fundamental.

Há outra peculiaridade. No processo de conhecimento o réu deve ser **citado** com 20 dias de antecedência (CPC 334), enquanto para a audiência de família, o **prazo é de 15 dias** (CPC 695 § 2.º).

A mais marcante diferença das ações de família diz com a forma da **citação** (CPC 695 § 1.º). O mandado deve conter somente os dados

35. Daniel Amorim Assumpção Neves, Código de Processo Civil comentado, 1.189.

36. JCJF – Enunciado 23 – Na ausência de auxiliares da justiça, o juiz poderá realizar a audiência inaugural do art. 334 do CPC, especialmente se a hipótese for de conciliação.

37. CNJ – Enunciado 33: É dispensável a expedição de carta precatória nos Juizados Especiais Cíveis, cumprindo-se os atos nas demais comarcas, mediante via postal, por ofício do Juiz, fax, telefone ou qualquer outro meio idôneo de comunicação.

referentes à audiência, desacompanhado da **cópia da petição inicial**. A previsão se afasta da regra geral em que o mandado de citação deve ser acompanhado da **contrafé** (CPC 248). A medida é mais do que salutar. O fato de o réu não conhecer os termos da inicial favorece o acordo e evita o acirramento dos ânimos. A mudança foi festejada pela doutrina que a vê como uma possibilidade de se estabelecer um clima menos litigioso entre as partes. Mas há quem conteste a medida, rotulando-a até de inconstitucional. Também se alega que apenas cria mais trabalho ao advogado do réu, que terá que se deslocar à sede do juízo. Assim o fará qualquer advogado diligente e realmente preocupado em se preparar para a conciliação e mediação.[38]

Caso inexitoso o acordo, recebe o réu, na audiência, a contrafé, passando a fluir dessa data o prazo de **contestação**, prosseguindo o processo pelo rito ordinário (CPC 697).

O **comparecimento espontâneo** do réu supre a necessidade de sua citação, passando a fluir daí o prazo de resposta (CPC 239 § 1.º). No entanto, nas ações de família é facultado tanto ao réu como ao seu procurador o direito de examinar a qualquer tempo seu conteúdo, sem que tal dê início ao prazo de contestação.

Nas ações de conhecimento, o prazo para a conciliação ou mediação não pode exceder **dois meses** (CPC 334 § 2.º). Quando o objeto da demanda diz com relações familiares, além da divisão da audiência em tantas sessões quantas sejam necessárias na busca de uma solução consensual (CPC 696), é possível a **suspensão do processo** enquanto as partes se submetem à mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar, sem limitação de prazo (CPC 694 parágrafo único).

A intervenção do **Ministério Público** está limitada às causas em que há interesse público ou social ou quando existir interesse de incapaz (CPC 178).

No âmbito das ações de família, somente se justifica sua participação quando há a presença de **incapaz** (CPC 698), ou uma das partes é vítima de **violência doméstica** (CC 698 parágrafo único).

Na **sentença**, o juiz precisa usar a técnica da **ponderação**, justificando a eleição de uma norma, quando em conflito com outra (CPC 489 § 2.º).[39]

---

38. Daniel Amorim Assumpção Neves, Código de Processo Civil comentado, 1.190.
39. IBDFAM – Enunciado 17: A técnica de ponderação, adotada expressamente pelo art. 489, § 2º, do Novo CPC, é meio adequado para a solução de problemas práticos atinentes ao Direito das Famílias e das Sucessões.

4.6.2. Ações consensuais

Entre os procedimentos de jurisdição voluntária estão previstas as ações consensuais de divórcio, separação, dissolução de união estável e alteração do regime de bens (CPC 731 a 734).

A normatização é das mais enxutas. Limita-se a exigir que a petição seja **assinada** por ambos os cônjuges ou companheiros, na qual devem constar: a descrição dos bens e a deliberação sobre a partilha; a disposição sobre pensão alimentícia entre as partes e com relação aos filhos, bem como o acordo relativo à guarda e ao regime de visitas. A **partilha** não precisa ser definida, podendo ocorrer posteriormente, de forma amigável ou litigiosa, obedecendo ao procedimento da partilha do processo de inventário (CPC 647 a 658).

A existência de filhos incapazes e a previsão de alimentos e do direito de convivência não impõe a ouvida do casal e, muito menos, que seja realizada audiência de ratificação.

A falta de previsão do procedimento de **conversão da separação em divórcio** não impede que seja buscada judicialmente. Mas as partes podem fazê-lo pela via extrajudicial.

A **via extrajudicial** é **facultativa**, mas é proibida se houver **nascituro** ou **filhos incapazes** (CPC 733). Sem a necessidade de homologação judicial, a **escritura pública** é título hábil para todos os atos: registros e levantamento de importâncias depositadas em instituições financeiras (CPC 733 § 1.º). Às claras que o rol não é exaustivo.

A restrição de dissolver o casamento por **escritura pública** não atenta aos apelos da doutrina, que questiona a exigência do uso da via judicial quando existirem descendentes não nascidos ou incapazes. Estando solvidas as questões referentes à prole, nada justifica a necessidade da chancela judicial, até porque, em juízo, não é realizada audiência para a decretação do divórcio.

De forma para lá de absurda é exigida a via judicial para a **alteração do regime de bens do casamento** (CPC 734).

Outra coisa. Se os cônjuges, antes do casamento, podem livremente eleger o regime de bens, via escritura pública de pacto antenupcial, descabido que a sua alteração, durante o casamento, necessite de justificativa. Há mais. Só se pode reconhecer como um cochilo do legislador determinar a participação do **Ministério Público** (CPC 734 § 1.º). Além de as partes serem maiores e capazes, o objeto da demanda é exclusivamente de natureza patrimonial.

É necessária a publicação de **edital** e, somente após o decurso de 30 dias, o juiz profere a **sentença**, determinando sua **averbação** nos cartórios do Registro Civil e no de Imóveis. No caso de um dos cônjuges ser **empresário**, deve ocorrer a averbação também no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins. As precauções são exacerbadas, pois expressamente são ressalvados interesses de terceiros.

Porém, nada impede que os cônjuges se divorciem e casem novamente, elegendo o regime de bens que desejarem, sem a necessidade de se submeterem à ação judicial. Cabe atentar que, na **união estável**, a modificação do regime de bens pode ocorrer extrajudicialmente, a qualquer tempo, mediante simples alteração no **contrato de convivência**.

4.7. COMPETÊNCIA

As ações de família, em sua grande maioria, dizem com o fim do amor. Ainda que a origem do conflito seja uma só, muitas são as controvérsias que daí surgem, principalmente quando nasceram filhos.

A proliferação de contendas acaba se refletindo no tema da competência. Há a tendência de reconhecer um **juízo universal**, de forma a concentrar todas as demandas perante o juiz do primeiro processo. Trata-se de **competência funcional** e, como tal, **competência absoluta**. As ações **conexas** devem ser distribuídas ao mesmo juízo e, de preferência, reunidas para julgamento em conjunto (CPC 55 § 1.º). Mesmo inexistindo conexão, serão reunidos para **julgamento conjunto** quando há o risco de decisões conflitantes ou contraditórias (CPC 55 § 3.º). Sob o prisma do jurisdicionado, a Justiça revela maior eficiência e coerência quando, na medida do possível, destina ao núcleo familiar atenção personalizada.[40]

Deste modo, mesmo que um processo já esteja arquivado, melhor que nova demanda seja distribuída ao mesmo juízo, embora não exista, eventualmente, identidade de partes ou afinidade de pedidos. Trata-se de **conexão substancial** que enseja o direcionamento da distribuição ao mesmo juízo.[41]

---

40. Fernanda Tartuce, Processo Civil no Direito de Família, 12.

41. Conflito de competência. Ação de partilha posterior ao divórcio. Incapacidade superveniente de uma das partes. Prevenção oriunda de conexão substancial com a ação do divórcio. Competência funcional de natureza absoluta. Foro de domicílio do incapaz. Competência territorial especial de natureza relativa. 1. Há entre as duas demandas (ação de divórcio e ação de partilha posterior) uma relação de conexão substancial, a qual, inevitavelmente, gera a prevenção do Juízo que julgou a ação de divórcio. 2. A prevenção decorrente da conexão substancial se reveste de natureza

As peculiaridades das questões de família refletem-se nas normas de competência. A regra geral é a **competência territorial** (CPC 46): as ações devem ser movidas na comarca em que reside o réu. Em se tratando de demanda de **alimentos**, a regra da competência é a do domicílio ou residência do alimentando ou de seu representante (CPC 53 II). É absoluto o privilégio do foro nas ações em que o **idoso** for parte (EI 80 e CPC 53 III *e*). A competência é **relativa**, da qual o autor pode abrir mão.

Nas ações envolvendo vínculos familiares, injustificadamente deixou a **mulher** de dispor de **foro privilegiado**. Vai na contramão da **Lei Maria da Penha**, que flexibiliza as regras de competência, deixando à vítima da violência doméstica a opção pelo foro do seu domicílio, do lugar do fato ou do domicílio do agressor (LMP 15).

Para as ações de **dissolução do casamento e de reconhecimento e dissolução da união estável**, a competência é do domicílio do guardião do filho incapaz ou o último domicílio do casal. Se ninguém permanecer residindo no domicílio comum, a regra é a do domicílio do réu (CPC 53 I).

Uma advertência é necessária. As ações envolvendo **uniões paralelas** também devem tramitar nos juízos de família, ainda que a tendência seja reconhecer – equivocadamente – a presença de simples sociedade de fato.

4.7.1. Vara das Famílias ou da Infância e Juventude

Diante da sistemática atual, não é mais possível desvincular o direito das famílias do direito de crianças e adolescentes. Sempre que é acionada a jurisdição, faz-se necessário identificar o juízo competente: vara de **família** ou juizado da **infância e juventude**. As **questões de família** são solvidas nos juizados com tal especialização.

O simples fato de disputas envolverem crianças não desloca a demanda para o juízo infantojuvenil. Ainda que os pais se encontrem em conflito, encontrando-se o filho inserido em uma **estrutura familiar** e não estando submetido a **situação de risco** (ECA 98), o juízo é o da família. Assim,

---

absoluta por constituir uma competência funcional. 3. A competência prevista no art. 50 do CPC/15 constitui regra especial de competência territorial, a qual protege o incapaz, por considerá-lo parte mais frágil na relação jurídica, e possui natureza relativa. 4. A ulterior incapacidade de uma das partes (regra especial de competência relativa) não altera o Juízo prevento, sobretudo quando o próprio incapaz opta por não utilizar a prerrogativa do art. 50 do CPC/15. [...] (STJ – CC 160.329/MG (2018/0210068-1), 2ª S., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27/02/2019).

o que define a competência é a condição familiar em que se encontra a criança envolvida na demanda.

Essa distinção é fundamental principalmente em face do **prazo de recurso**. Para as ações previstas no próprio Estatuto (ECA 155 ▪ 197), o prazo é de dez dias (ECA 198 II).

Em todas as demandas em que houver interesse de **criança ou adolescente**, a competência é do domicílio de seu guardião (ECA 147 e CPC 50). A matéria foi sumulada pelo STJ.[42] Assim também a **ação investigatória de paternidade.**[43] Mesmo não havendo pedido de alimentos, persiste a competência do foro do domicílio do investigante, por o direito de alimentos decorrer da lei.[44]

A **alteração do domicílio** é irrelevante para a determinação da competência (CPC 43), no entanto, o STJ vem mitigando essa regra.[45]

A representação de menores em juízo é feita por seu guardião. A **procuração judicial** pode ser outorgada por instrumento particular, mesmo que o adolescente esteja assistido por seu responsável.

4.8. QUESTÕES PROBATÓRIAS

Rege o processo civil o **princípio dispositivo**, que preconiza a inércia do juiz. A propositura da ação e a definição do objeto litigioso dependem da iniciativa das partes, não podendo a sentença ultrapassar os limites da demanda (CPC 2.º, 141 e 492). No entanto, o juiz dispõe do **poder de instrução** (CPC 370): pode, de ofício, determinar as provas necessárias ao

---

42. STJ – Súmula 383: A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.
43. STJ – Súmula 1: O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.
44. Na investigação de paternidade, o pedido de alimentos pode vir de modo implícito, pois decorre da lei, sendo mero efeito da sentença de procedência do reconhecimento da relação de parentesco (STJ – AREsp 1.356.804/MG (2018/0225976-5), Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 10/10/2018).
45. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de alimentos, divórcio e partilha de bens. Alteração de domicílio. Competência. Domicílio do alimentando. *Perpetuatio jurisdictionis*. Princípio. Mitigação. Possibilidade. Ausência de má-fé. Precedentes. [...] 2. É possível a modificação da competência no caso de alteração de domicílio do alimentando no curso da ação de alimentos, mormente em se tratando de filho menor e não constatada má-fé da detentora da guarda. [...] 4. Agravo interno a que se nega provimento (STJ Segoe AgInt no AREsp 1.551.305/GO (2019/0214098-7), 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 01/06/2020).

julgamento do mérito, bem como tem o condão de restringi-las, limitando o número de testemunhas (CPC 357 § 7.º). Na apuração da verdade, ele não é – nem pode ser – mero espectador.[46] Na concepção mais moderna do processo, dispõe o magistrado de amplo espaço, podendo movimentar-se de forma bastante livre na busca da verdade. No direito familiar, a prova merece tratamento especial, temperando-se os rigores de suas formalidades legais frente à peculiaridade do bem da vida em jogo e à presença de direitos indisponíveis.[47]

A divisão tarifada dos **encargos probatórios** (CPC 373) impõe ao autor a prova constitutiva dos seus direitos e ao réu o dever de comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (CPC 373 II). Porém, pode o juiz **inverter os ônus probatórios** (CPC 373 § 1.º), contanto que não gere encargo impossível ou excessivamente difícil (CPC 373 § 2.º). É o que se chama de **distribuição dinâmica da prova** sem que se possa falar em **ativismo judicial**. Quando constatada a hipossuficiência econômica ou técnica de algum dos litigantes, é a forma de se concretizar a isonomia entre as partes, a partir dos princípios constitucionais de acesso à Justiça e tratamento igualitário.[48]

Como os tabeliães dispõem de **fé pública**, podem lavrar **atas notariais** (CPC 384), para ser levada a juízo a comprovação de fatos, como mensagem de celulares, transcrição de conversas telefônicas. Inclusive, é possível conduzir o tabelião a determinado lugar para que ele certifique a situação de determinada circunstância ou de algum bem. A certificação assim levada a efeito enseja a **inversão do ônus da prova**.

Apesar da expressa vedação constitucional (CR 5.º LVI), na seara do Direito das Famílias, travam-se grandes embates sobre a utilização de **provas ilícitas**, principalmente diante dos avanços no campo da informática. A tendência é não admiti-las. A preservação da intimidade de cada um, da dignidade e do sigilo das comunicações torna as relações familiares imunes ao uso de provas obtidas por meios ilícitos.[49] Mas, ainda que o processo seja um instrumento ético, o que recomenda ponderação na análise da prova ilícita, há que se atentar ao **princípio da proporcionalidade**, podendo algumas provas ser admitidas, quando relevantes e evidenciado ser esta a única maneira de a parte provar sua pretensão. Principalmente

---

46. Mauro Nicolau Jr., Coisa julgada ou DNA negativo: o que deve prevalecer?, 136.
47. José Carlos Teixeira Giorgis, O Direito de Família e as provas ilícitas, 170.
48. Caetano Lagastra Neto, Diálogos de um juiz, 283.
49. Lourival Serejo Sousa, As provas ilícitas no Direito de Família, 65.

nas demandas envolvendo o interesse de crianças e adolescentes, é possível relativizar a proibição constitucional do uso da **prova ilícita**.

Quanto à **interceptação telefônica**, cabe distinguir. A escuta e o registro de conversa por um dos interlocutores não são ilícitos, ainda que o outro não tenha conhecimento de sua ocorrência. Do mesmo modo, o acesso a **mensagens eletrônicas** não viola o sigilo da correspondência quando obtidas do computador de uso da família.[50] No entanto, meros interesses patrimoniais não autorizam a interceptação de comunicações, em face das garantias fundamentais ligadas à intimidade e ao devido processo legal.[51]

Como a profissão de **detetive particular** não é proibida, a contratação de seus serviços é lícita. Se não houver perturbação à intimidade do investigado, possível aceitar tais provas. Como exemplo: flagrante obtido em lugares públicos.

No âmbito das questões probatórias, dividem-se os juízes sobre admitir ou não a indicação de **assistente técnico** e a formulação de **quesitos** quando determinadas avaliações psicológicas e estudos sociais. Sob a justificativa de que não se trata de uma **perícia**, mas de meio para o magistrado formar sua convicção, o processo é encaminhado ao setor de serviço psicossocial, sem a nomeação do perito. Conforme alerta Fernanda Tartuce, tal postura flagra evidente violação não só às garantias processuais, mas também às garantias constitucionais do devido processo legal, especificamente no tocante ao contraditório e à ampla defesa.[52]

4.8.1. Depoimento especial

A prática sempre foi das mais perversas. A criança ou adolescente vítima de algum tipo de abuso era ouvida inúmeras vezes: perante o conselho tutelar, autoridade policial, o médico legista e o juiz. Para evitar essa reiterada revitimização, foi criado o que passou a ser chamado de **Depoimento sem Dano**.[53] O propósito era impedir sucessivos depoimentos, que fazem a vítima reviver o que quer esquecer todas as vezes que é chamada a depor.

A técnica surgiu da necessidade da escuta de crianças e adolescentes nos processos criminais, quando vítimas de abuso sexual. Contudo, vem

---

50. Fernanda Tartuce, Processo Civil no Direito de Família, 99.
51. Ermiro Ferreira Neto, Interceptação telefônica no âmbito do Direito das Famílias, 84.
52. Fernanda Tartuce, Processo Civil no Direito de Família, 113.
53. A iniciativa foi do magistrado gaúcho José Antônio Daltoé Cezar (Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais).

sendo aplicada essa metodologia em outros processos não somente no âmbito criminal, mas também em se tratando de processos relacionados ao Direito de Família ou à Infância e Juventude.[54]

O CPC autoriza o juiz a colher o **depoimento pessoal do incapaz** acompanhado por especialista nas demandas que envolvem **abuso** ou **alienação parental** (CPC 699).

A expressão Depoimento sem Dano foi alvo de tantas críticas que foi substituído por **Depoimento Especial**, e assim nominado na lei que cria o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência (Lei 13.431/2017, 7.º a 12). O procedimento foi regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça.[55]

A lei faz uma distinção. Chama de **escuta especializada** o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade (7.º). E de **depoimento especial** o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária (8.º).

Não é admitida a tomada de novo depoimento, a não ser quando imprescindível e mediante a concordância do depoente ou seu representante (11 § 2.º).

O depoimento especial tramita em **segredo de justiça** e é gravado em áudio e vídeo. A escuta é feita por profissionais especializados que esclarecem ao depoente sobre o procedimento, que é transmitido em tempo real para a sala de audiência. É assegurado ao depoente a livre narrativa sobre a situação de violência. O juiz, agente ministerial, advogados e assistentes técnicos podem fazer perguntas a serem formuladas em linguagem de melhor compreensão pelo profissional tomador do depoimento. Por solicitação do depoente ou do profissional especializado, pode o juiz determinar o afastamento do imputado da sala de audiência.

A utilização de psicólogos ou de assistentes sociais na oitiva de crianças e adolescentes gera especialização e eficiência na coleta de provas, na medida em que se vale de conhecimentos próprios de outras ciências. Assim, a participação de equipe interdisciplinar é medida que se impõe em respeito à condição de vulnerabilidade dos depoentes.[56]

---

54. Ana Cecília Rosário Ribeiro, Instrução probatória e Depoimento sem Dano, 32.
55. CNJ – Resolução 299/2029.
56. Idem, 36.

Outra virtude desta técnica, sobretudo em se tratando de crianças, é que nem sempre se consegue obter as respostas necessárias por meio de depoimento pela linguagem verbal. Entretanto, são capazes de fazê-lo utilizando linguagem que lhe é mais familiar, como brincadeiras e desenhos. Esta forma de comunicação é essencial para o desenvolvimento probatório e o sucesso do processo. No entanto, os profissionais do Direito não são treinados para distinguir a realidade do mundo da fantasia, do imaginário da criança. Somente o psicólogo, profissional treinado para este mister, pode entender e alcançar este tipo de expressão não verbal.[57]

4.9. TUTELA PROVISÓRIA, DE URGÊNCIA, ANTECIPADA, CAUTELAR E DE EVIDÊNCIA

A urgência que envolve as demandas de família e as peculiaridades individuais de cada processo exigem tutela diferenciada, respostas imediatas e soluções rápidas. É nessa sede que o **direito fundamental** à **razoável duração do processo** (CR 5.º LXXVIII) tem mais relevo, como forma de dar efetividade à temática familiarista.[58] No entanto, o CPC não atentou a essa peculiaridade. Apesar de ter concedido um título às ações de família (CPC 693 a 699), esqueceu-se de dar especial atenção às demandas cuja urgência tem características existenciais.

A **tutela provisória** (CPC 294 a 311) compreende a tutela de evidência e a de urgência (CPC 294). Tanto a tutela provisória de urgência como as tutelas cautelar e antecipada podem ser deferidas em caráter **antecedente**, em procedimento autônomo (CPC 294 parágrafo único). Também podem ser requeridas **incidentalmente**, conservando sua eficácia durante a tramitação do processo (CPC 295 e 296).

Como explica José Miguel Garcia Medina, em sentido amplo, a expressão **perigo de demora** (*periculum in mora*) é usada tanto para se afirmar que a **tutela de urgência** é concedida para evitar **dano** decorrente da **mora processual**, como quando se está diante de uma **situação de risco**, a impor a concessão de **medida de emergência** para evitar **dano iminente**. O perigo de dano e o perigo de demora muitas vezes se manifestam concomitantemente. As duas formas de dano podem se tocar e até se confundir, pois o perigo de dano (referente à relação de direito material) pode ser agravado pela demora processual (que tem mais a ver com a mora na prestação ju-

57. Denise Maria Perissini da Silva, Psicologia jurídica no Processo Civil Brasileiro, 143.
58. Rodrigo Toscano de Britto, Situando o Direito de Família..., 835.

risdicional). Ainda assim, em termos absolutos, não é possível vincular o perigo de dano à **tutela antecipada** e o perigo de dano à **tutela cautelar.**[59]

A **tutela de urgência** pode ser considerada um gênero das quais a **tutela cautelar** e a **tutela antecipada** são espécie. Enquanto a tutela antecipada é **satisfativa**, a cautelar é **conservativa**. A tutela antecipada apenas antecipa os efeitos da própria tutela, não amplia o objeto litigioso. Ainda que não seja satisfativa, permite à parte viver como se já tivesse vencido.[60] A tutela cautelar contém pedido diferente do pedido principal.

A tutela de urgência abarca tanto o **perigo de dano**, em que se antecipam os efeitos da sentença, por meio de **cautelar satisfativa**, quanto as providências cautelares não satisfativas em face do perigo de **demora processual**. É concedida quando há elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (CPC 300). Sua concessão pode ser condicionada à prestação de **caução idônea**, chamada de **contracautela** (CPC 300 § 1.º).

Não é concedida a tutela de urgência de **natureza antecipatória** quando houver risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão (CPC 300 § 3.º). É o que se chama de ***periculum in mora*** **inverso**. A hipótese de irreversibilidade é quase sempre extremada. Não se considera irreversível o efeito, quando é possível a conversão em perdas e danos.[61]

O rol das medidas cautelares é somente exemplificativo (CPC 301): arresto, sequestro, arrolamento de bens etc., ao ser usada a expressão "bem como qualquer outra medida" idônea à asseguração do direito. A tutela inibitória passou a chamar-se de **tutela contra o ilícito** (CPC 497 parágrafo único).

Em sede de direito alimentar, face ao seu caráter de urgência, algumas medidas são autorizadas, em caráter antecedente.[62]

---

59. José Miguel Garcia Medina, Novo Código de Processo Civil comentado, 472.
60. Idem, 456.
61. Idem, 476.
62. Produção antecipada de provas. Prévio conhecimento dos fatos para justificar ou evitar o ajuizamento de demanda. I – Os credores de alimentos possuem interesse de agir na pretensão de produção antecipada de provas, com pedido de exibição de Declarações de Imposto de Renda e quebra do sigilo bancário do devedor de alimentos, a fim de avaliar a necessidade de ajuizamento ou não de execução de alimentos. II – Petição inicial recebida para regular tramitação do processo. III – Apelação provida (TJDF – AC 0731945-17.2018.8.07.0016, 6ª T. Cív., Rel. Vera Andrighi, j. 28/02/2019).

Quando a situação de urgência for **concomitante** ao ajuizamento da ação, o autor pode se limitar a requerer a antecipação da tutela final (CPC 303). Deferida a liminar, deve o autor **aditar** a petição inicial (CPC 303 § 1.º I). Desacolhido o pedido, cabe ser **emendada** (CPC 303 § 6.º). Duas expressões com igual significado.

Todos esses conceitos são tão intrincados que a lei admite a **fungibilidade**: pedida tutela antecipada ou medida cautelar de forma equivocada, deve o juiz receber uma pela outra (CPC 305 parágrafo único).

A **tutela de evidência** dispensa a urgência e tem índole **antecipatória.**[63] Independe da demonstração de perigo ou de risco ao resultado útil do processo (CPC 311).

Os **recursos** das decisões que confirmam, concedem ou revogam tutela antecipada são recebidos somente no **efeito devolutivo** (CPC 1.012 § 1.º V).

Tanto na **ação de divórcio** como em sede de medida cautelar de **separação de corpos**, é cabível a **fixação liminar de guarda**, mesmo que provisória (CC 1.585). A decisão deve ser proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar.

As pretensões urgentes que decorrem da prática de **violência doméstica** dispõem de ágil mecanismo. Comparecendo a vítima perante a autoridade policial, feito o registro da ocorrência e solicitadas medidas protetivas de urgência, o expediente é encaminhado à Justiça em 48 horas (LMP 12 III). O destino são os **Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Porém, enquanto eles não forem instalados, o juízo competente é o da vara criminal (LMP 33). O juiz dispõe do mesmo prazo de 48 horas para apreciar o pedido (LMP 18 I).

4.10. RECURSOS

Modo frequente, as ações de família compreendem um feixe de demandas: divórcio, alimentos, regime de convivência, partilha de bens. É possível haver acordo ou decisão sobre um desses temas, prosseguindo o processo quanto aos demais. Dita possibilidade é denominada de **sentença parcial** (CPC 490). Desse modo, o recurso pode dispor de efeitos diversos. Decretado o divórcio, cingindo-se o recurso ao tema dos alimentos, a apelação quanto ao divórcio é recebida no duplo efeito e, no que diz com os alimentos, só no efeito devolutivo.

63. José Miguel Garcia Medina, Novo Código de Processo Civil comentado, 473.

Como o Código de Processo Civil não atenta às especificidades das demandas de família, é impositivo que o magistrado tenha sensibilidade para se afastar da cega aplicação das regras legais, de modo a assegurar a mais eficiente proteção à parte e a seus direitos, que se revestem de características de essencialidade à vida e à liberdade, principalmente quando envolvem crianças e adolescentes. Exemplo disso diz com o **prazo recursal.**

As decisões judiciais que põem fim ao processo – extinguindo-o (CPC 316) ou apreciando o mérito – desafiam recurso de **apelação** (CPC 1.009). A regra é o recurso de apelação ser recebido nos efeitos **suspensivo** (CPC 1.012) e **devolutivo** (CPC 1.013). Mas há exceções. No âmbito do Direito das Famílias, não se suspendem a condenação a **prestar alimentos** (CPC 1.012 II) e o decreto da **curatela** (CPC 1.012 VI).

Há muito a Justiça vinha alargando a hipótese legal, ao emprestar efeito meramente **devolutivo** tanto à majoração como à redução e até à exoneração do encargo alimentar. O tema acabou sumulado pelo STJ.[64]

Fora dessas hipóteses pode o recorrente requerer diretamente ao Tribunal a concessão de **efeito suspensivo** (CPC 1.012 § 3.º), sempre que demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou o risco de dano grave ou de difícil reparação (CPC 1.012 § 4.º).

Das **decisões parciais** (CPC 354 parágrafo único), bem como das **decisões interlocutórias** nominadas taxativamente (CPC 1.015), cabe **agravo de instrumento**. O rol legal vez por outra tem sido mitigado.[65] As decisões não contempladas no elenco legal não se sujeitam à **preclusão**. A forma impugnativa é a **apelação**, a ser interposta quando da sentença, como **matéria prejudicial** (CPC 1.009 § 1.º).

Também em sede de agravo de instrumento o relator pode atribuir efeito suspensivo ao deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente a pretensão recursal (CPC 1.019 I).

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispensa todos os recursos de **preparo** e estabelece o prazo de **10 dias**, tanto para a defesa como para o Ministério Público (ECA 198 II). Este é o prazo contra decisão proferida

64. STJ – Súmula 621: Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade.

65. STJ – Tema 988: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

em toda e qualquer demanda ajuizada com base no ECA. Quer nos procedimentos especiais (ECA 152 a 197), quer nos recursos às cortes superiores.[66]

4.11. MINISTÉRIO PÚBLICO

A jurisdição é uma atividade que depende da iniciativa da parte, não sendo admitido ao juiz agir de ofício. Porém, há situações em que o Estado não pode se quedar inerte, por isso admite a atuação de instituição integrante de sua estrutura política. O direito de agir do Estado é o que legitima o Ministério Público. A Constituição traça limites divisórios claros entre o âmbito de atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública. O Ministério Público atua na defesa de **interesses sociais ou individuais indisponíveis** (CR 127) e na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis (CPC 176).

Quando o Ministério Público toma a iniciativa de provocar a jurisdição, na condição de autor, exerce o **direito de ação**, atuando como órgão agente (CPC 177).

A depender da natureza dos interesses tutelados, é intimado para intervir como **fiscal da ordem jurídica**, nos processos em que existe **interesse público ou social** (CPC 178 I).[67]

66. Recurso especial. [...] O sistema recursal do Código de Processo Civil é inteiramente aplicável às ações fundadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, com as ressalvas daquelas disposições que forem incompatíveis com as regras próprias deste Estatuto, reguladas nos incisos do seu art. 198, que prevalecem, pelo princípio da especialidade, sobre o diploma processual. Especificamente acerca do prazo para a interposição dos recursos, prevê o inciso II do art. 198 que "em todos os recursos, salvo o de agravo de instrumento e de embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder será sempre de dez dias". Assim, aplicando-se aos procedimentos especiais, previstos nos seus artigos 152 a 197, aí incluído o procedimento de adoção (STJ – REsp 1.726.214/PR (2014/0324093-1), Rel. Min. Marco Buzzi, j. 30/04/2020).

67. Recurso especial. Ação negatória de paternidade combinada com anulatória de registro de nascimento. Interesse público. Ministério público. Fiscal da ordem jurídica. Legitimidade. Incapaz. Arts. 178, II, 179 e 966 do CPC/2015. Súmula nº 99/STJ. Paternidade responsável. Arts. 127 e 226 da CR/1988. Filiação. Direito personalíssimo. Art. 2º, §§ 4º e 6º, da Lei nº 8.560/1992. Intervenção. Obrigatoriedade. Socioafetividade. Art. 1.593 do CC/2002. Instrução probatória. Imprescindibilidade. Registro. Reconhecimento espontâneo. Erro ou falsidade. Socioafetividade. Presença. Ônus do autor. Art. 373, I, CPC 2015. 2. O Ministério Público, ao atuar como fiscal da ordem jurídica, possui legitimidade para requerer provas e recorrer em processos nos quais oficia, tais como os que discutem direitos de incapazes em ação de investigação de paternidade com manifesto interesse público primário e indisponível (art. 2º, §§ 4º e 6º, da Lei nº 8.560/1992). 3. A atuação do Parquet como custos legis está, sobretudo,

O **Código Civil** faz escassas referências à atuação do Ministério Público. Como o Código de Processo Civil é posterior, subtraiu algumas legitimidades do agente ministerial que lhe outorgava a lei civil. Assim, o Ministério Público não é mais ouvido na **habilitação de casamento** (CC 1.526) e não tem legitimidade para promover ação de **anulação de casamento** (CC 1.549). Também não cabe se manifestar sobre o pedido de alienação (CC 1.717), extinção ou sub-rogação (CC 1.719) de **bem de família**.

Persiste sua atuação em caso de abuso de autoridade por parte dos pais, quando pode requerer a adoção de medida protetiva ou a suspensão do **poder familiar** (CC 1.637). Pode requerer a nomeação de **curador especial**, quando colidir o interesse dos pais com o dos filhos (CC 1.692).

O **Código de Processo Civil** determina a **intimação pessoal** do representante do Ministério Público, que tem **prazo em dobro** para se manifestar (CPC 180).

Constitui **título executivo extrajudicial** (CPC 784 IV) o instrumento de **transação** referendado pelo Ministério Público, que dispõe de legitimidade para promover a **execução forçada** nos casos previstos (CPC 778 § 1.º I).

Como **parte**, pode suscitar **conflito de competência** e deve ser ouvido nos conflitos em que atua como **fiscal da ordem jurídica** (CPC 951 parágrafo único e 178). Pode propor **ação rescisória** (CPC 967 III). Quando não é parte, deve ser intimado para intervir (CPC 967 parágrafo único).

Tem outras competências: estimular a **conciliação, a mediação** e outros métodos de solução consensual de conflitos (CPC 3.º § 3.º); suscitar a **incompetência relativa** (CPC 65 parágrafo único); propor incidente de **desconsideração da personalidade jurídica** (CPC 133) e ser ouvido previamente à homologação do acordo (CPC 698).

Nas **ações de família**, a atuação do Ministério Público se restringe às demandas que envolvem **interesse de incapaz** (CPC 178 II e 698) e quando uma das partes for vítima de **violência doméstica** (CC 698 pará-

---

amparada pela Constituição Federal (arts. 127, caput, 129, IX, e 226, § 7º), que elegeu o princípio da paternidade responsável como valor essencial e uma das facetas da dignidade humana. 4. O órgão ministerial presenta o Estado ao titularizar um interesse manifestamente distinto daqueles naturalmente defendidos no processo por autor e réu, não se submetendo a critérios discricionários. 5. A posição processual do Parquet é dinâmica e deve ser compreendida como um poder-dever em função do plexo de competências determinadas pela legislação de regência e pela Carta Constitucional. 8. Recurso especial provido (STJ – REsp 1.664.554/SP (2017/0071569-5), 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 05/02/2019).

grafo único). Pode propor **ação de curatela** de incapaz nas hipóteses de **deficiência mental ou intelectual** (CPC 747 IV, 748 e CC 1.769 I). Nos demais casos, intervém como **fiscal da ordem jurídica** (CPC 752 § 1.º). E também pedir o **levantamento da curatela** (CPC 756 § 1.º) e requerer a **remoção do tutor e do curador** (CPC 761).

No **cumprimento da sentença de obrigação alimentar**, verificada conduta procrastinatória do executado, o juiz deve cientificar o agente ministerial de indícios da prática de **abandono material** (CPC 532).

Estranhamente, na ação de **alteração de regime de bens**, demanda de exclusivo interesse patrimonial, o Ministério Público deve ser intimado quando do recebimento da inicial (CPC 734 § 1.º).

A **não participação** do Ministério Público em todas as fases da ação leva à **nulidade do processo** (CPC 279 e ECA 204). No entanto, a nulidade só é decretada se o agente ministerial se manifestar pela existência de prejuízo (CPC 279 § 2.º). Apesar de se tratar de **nulidade absoluta**, prestigia-se a instrumentalidade do processo e a ausência de prejuízo.

Algumas competências são atribuídas ao Ministério Público em leis extravagantes. O **Estatuto da Criança e do Adolescente** dedica-lhe um capítulo (ECA 200 a 205), impondo-lhe o dever de oficiar em todos os procedimentos (ECA 201 III). Atua tanto como parte como na condição de fiscal da lei, devendo sempre ser **intimado pessoalmente** (ECA 203), não dispondo de **prazos em dobro** (ECA 152 § 2.º).

No âmbito da **jurisdição de família**, dispõe de significativos poderes, no que respeita à guarda (ECA 35), à adoção (ECA 50 § 1.º), à perda ou suspensão do poder familiar (ECA 155), aos alimentos, à nomeação e à remoção de curadores e guardiães (ECA 201 III). Dispõe também de amplos poderes investigatórios, devendo zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados a crianças e adolescentes (ECA 201 VIII). Tem livre acesso a todo local onde se encontre criança ou adolescente (ECA 201 § 3.º). A legitimação do Ministério Público é concorrente, sendo meramente exemplificativo o rol legal de suas atribuições.

Segundo o **Estatuto do Idoso** (Lei 10.741/2003), é obrigatória a intervenção do Ministério Público em todos os processos, sob pena de **nulidade absoluta** (EI 77). Atua como **substituto processual** (EI 74 III) sempre que o idoso se encontrar em situação de risco (EI 43). A obrigação alimentar, mediante acordo referendado pelo agente ministerial, constitui **título executivo** a autorizar o uso do processo de execução (EI 13). A via executória pode ser o da **prisão do devedor** (CPC 911 parágrafo único).

Em sede de **violência doméstica**, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) determina a participação do Ministério Público tanto nas ações cíveis como nas criminais (LMP 25). Atua como parte, na condição de **substituto processual** (LMP 19 § 3.º e 37) e como **fiscal da lei** (LMP 25 e 26 II). Deve ser intimado das medidas protetivas aplicadas (LMP 22 § 1.º), podendo requerer outras providências (LMP 19) ou a substituição por medidas diversas (LMP 19 § 3.º). Quando a vítima manifestar interesse em desistir da representação, o promotor precisa estar presente na audiência designada para tal fim (LMP 16). Pode requerer a **prisão preventiva** do agressor (LMP 20). Igualmente lhe cabe exercer a defesa dos interesses e direitos transindividuais (LMP 37) e manter um cadastro dos casos de **violência** doméstica (26 III).

A **Lei de Alimentos** (Lei 5.478/1968) determina a participação do agente ministerial na audiência (LA 9.º), dispondo de espaço para apresentar alegações finais (LA 11), quando atua como fiscal da lei. Às claras que tal intervenção só cabe quando houver interesses de crianças, adolescentes **ou** incapazes, tendo legitimidade inclusive para propor a ação (ECA 201 III), pouco interessando a existência, ou não, de serviço de gratuidade judiciária.[68]

Quando o **procedimento de averiguação oficiosa da paternidade** não levar ao reconhecimento da filiação, compete ao Ministério Público propor ação de investigação de paternidade (Lei 8.560/1992 2.º § 4.º).

A **Lei da Mediação** (Lei 13.140/2015) determina a ouvida do Ministério Público sempre que o consenso envolver direitos indisponíveis, mas transigíveis (LM 3.º § 2.º).

4.12. DEFENSORIA PÚBLICA

A **Defensoria Pública** atua na proteção de **interesses de pessoas carentes** (CR 134) e exerce a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados (CPC 185). Cabe também exercer a função de curador especial (CPC 72 parágrafo único).

Todos os Estados possuem Defensoria Pública bem estruturada e organizada, mas nem todas as comarcas são servidas de defensores públicos. Assim, pode ser firmado convênio com escritórios de prática jurídica das

68. Cristiano Chaves de Farias, A legitimidade do Ministério Público..., 49.

Faculdades de Direito e entidades que prestam assistência jurídica gratuita (CPC 186 § 3.º).

A Defensoria Pública dispõe de legitimidade para agir nos processos de **jurisdição voluntária** (CPC 720), também no âmbito do ECA.[69] No entanto, não pode atuar como ***custos vulnerabilis*** nas ações de destituição do poder familiar e de adoção. Esta função está restrita às ações coletivas que envolvam direitos fundamentais de segmentos vulneráveis.

Os defensores gozam de **prazo em dobro** para todas as suas manifestações processuais (CPC 186), devendo ser intimados **pessoalmente** (CPC 186 § 1.º), mesmo no âmbito do **Estatuto da Criança e do Adolescente**, que eliminou a duplicação dos prazos somente para a Fazenda Pública e o Ministério Público (ECA 152 § 2.º).

O defensor pode requerer que o juiz promova a **intimação pessoal da parte** (CPC 186 § 2.º).

É dispensável a juntada de **procuração** (CPC 287 parágrafo único II), salvo quando a lei exigir procuração com poderes específicos (LC 80/1994 44, XI; 89, XI e 128, XI).

Em sede de cumprimento da sentença, o devedor representado pela Defensoria Pública deve ser intimado por **carta com aviso de recebimento** (CPC 513 § 2.º II).

O instrumento de **transação** referendado pela Defensoria Pública constitui **título executivo extrajudicial** (CPC 784 IV).

LEITURA COMPLEMENTAR

ARAÚJO, Sandra Baccara. *Pai, aproxima de mim esse cálice*: significações de juízes e promotores sobre a função paterna no contexto da Justiça. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014.

CALMON, Rafael. *Direito das Famílias e Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Newton Teixeira. A mediação no Direito das Famílias: superando obstáculos. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, vol. 29, p. 54-73, 2012.

69. JCJF – Enunciado 56 – A legitimidade conferida à Defensoria Pública pelo art. 720 do CPC compreende as hipóteses de jurisdição voluntária previstas na legislação extravagante, notadamente no Estatuto da Criança e do Adolescente.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A prova ilícita no processo civil das famílias a partir do garantismo constitucional. *Escritos de direito e processo das famílias:* novidades e polêmicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 101-117.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Psicanálise pode melhorar percepção e atuação dos profissionais do Direito*. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.advol.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. *Temas contemporâneos de Direito de Família, infância e juventude*. Curitiba: CRV, 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil no Direito de Família*: teoria e prática. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Método, 2020.

5

CULPA

Sumário: 5.1. Culpado ou inocente? – **5.2.** Anulação do casamento – **5.3.** Separação – **5.4.** Nome – **5.5.** Alimentos – **5.6.** Desconsideração da personalidade jurídica – **5.7.** Sucessão – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.564, 1.572, 1.573, 1.578, 1.694 § 2.º, 1.702, 1.704 e 1.830; CPC 23 III, 53 I, 189 II, 693, 731, 732 e 733.

5.1. CULPADO OU INOCENTE?

A apenação de um culpado só tem significado quando o seu agir coloca em risco a vida ou a integridade física, moral, psíquica ou patrimonial de outra ou de outras pessoas. Ou de algum bem jurídico tutelado pelo direito. Fora disso, não há motivos que levem o Estado a perseguir culpados e, muito menos, tentar puni-los. A culpa dispôs de espaço próprio no âmbito do Direito Penal. No Direito Comercial e no Direito Civil, cabe ser perquirida tão só na órbita obrigacional e contratual, em que o agir está ligado a um ato de vontade.

A família, cantada e decantada como *cellula mater* da sociedade, é alvo da especial proteção do Estado (CR 226). O histórico interesse em preservar o casamento fez o instituto da culpa migrar para o âmbito do Direito das Famílias. A tentativa sempre foi desestimular sua dissolução, intimidando os cônjuges com a inquirição de culpas e identificação de culpados. Acabando-se por aplicar penas, no mais das vezes, de **conteúdo econômico**. Havia uma convergência de interesses na apenação de infratores, tanto que vários institutos perseguiam culpados e lhes aplicavam sanções.

Dita postura punitiva sempre contou com um dado de ordem psicológica: a enorme dificuldade de qualquer pessoa de romper vínculo que

foi estabelecido para ser eterno. A separação abala a própria identidade da pessoa e é difícil aceitar o fim de uma união sem ceder à tentação de culpar e tentar punir quem tomou a iniciativa de, finalmente, pôr fim à infelicidade.

A EC 66/2010 deu nova redação ao § 6.º do art. 226 da CR: *O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.* Com isso, o **divórcio** tornou-se um direito **potestativo**, desaparecendo do panorama jurídico o instituto da separação.

As referências do CPC à separação não têm o condão de ressuscitar o instituto e, muito menos, admitir a imposição de sanções pelo descumprimento dos deveres do casamento.[1] Assim, a culpa foi abandonada como fundamento para a dissolução coacta do **casamento**. Mesmo quem dá causa à dissolução da sociedade conjugal não pode ser castigado. O "culpado" não fica sujeito a perder o **nome** adotado quando do casamento. Nem mesmo em sede de **alimentos** persiste o instituto da culpa, pois não mais cabe ser questionada a responsabilidade pelo fim da união.

5.2. ANULAÇÃO DO CASAMENTO

Elenca a lei as causas que levam necessariamente à anulação do casamento, bem como os motivos que ensejam a sua anulabilidade. Ainda que, de forma expressa, estejam identificadas as hipóteses que obrigam ou facultam a desconstituição do vínculo conjugal, é permitida a perquirição de motivações outras, com a imposição de pena de caráter pecuniário.

Diz a lei quem **não pode casar** (CC 1.521). Aquele que infringe tais proibições pode ver o casamento declarado **nulo** (CC 1.548). O pedido pode ser promovido a **qualquer tempo**.

Quem desatende à recomendação legal de que **não deve casar** (CC 1.523) se sujeita à anulação do casamento (CC 1.550). O **prazo prescricional** para a desconstituição do casamento **anulável** é de 180 dias (CC 1.560 I e § 2.º).

As causas que geram tanto a **nulidade absoluta** como a **nulidade relativa** do casamento são declinadas de modo detalhado. Mesmo assim, o legislador não resiste. Busca impor penas a quem eventualmente pode ter tido alguma **responsabilidade** pela anulação. O culpado perde as **vantagens havidas do cônjuge inocente** (CC 1.564 I). Mas somente no regime

1. IBDFAM – Enunciado 1: A Emenda Constitucional 66/2010, ao extinguir o instituto da separação judicial, afastou a perquirição da culpa na dissolução do casamento e na quantificação dos alimentos.

da comunhão universal há a possibilidade de haver benefício em favor dos cônjuges, em face da comunicabilidade dos bens particulares.

O culpado também é obrigado a **cumprir as promessas** feitas no pacto antenupcial (CC 1.564 II). Assim, ainda que a anulação do casamento subtraia a eficácia do pacto, permanece sua higidez no que diz respeito às obrigações assumidas no contrato nupcial.

5.3. SEPARAÇÃO

O legislador sempre tentou impedir a dissolução dos vínculos conjugais. Não havia a possibilidade de um dos cônjuges buscar a **separação** se não conseguisse provar um dos motivos elencados na lei que pudesse imputar ao outro. Nitidamente punitiva a postura do Estado com a intenção de manter, a qualquer preço, o laço matrimonial. Quem não conseguia identificar uma causa culposa atribuível ao cônjuge não podia buscar a separação. Ou seja, aquele que havia praticado qualquer ato que importava em **grave violação dos deveres do casamento**, de modo a tornar **insuportável a vida em comum**, não podia pedir a separação. Somente o "inocente" tinha **legitimidade** para a ação. O responsável pelo fim do casamento ficava refém da vontade do outro. Não concordando o "inocente" com a separação consensual, era necessário aguardar o decurso do prazo de um ano do fim da vida em comum para buscar a **separação** (CC 1.572 § 1.º) ou de dois anos para obter o **divórcio** (CC 1.580 § 2.º).

Elenca o Código Civil um rol de "culpas" (CC 1.573), impondo ao cônjuge o ônus de identificar o comportamento do par. Era necessário que o autor revelasse como o casal vivia no interior do lar, o que infringia o cânone constitucional do direito à **privacidade** e à **intimidade**. Não de apenas um, mas de ambos os cônjuges. Parece que a lei não atentou que a Constituição prioriza a **dignidade da pessoa**, consagrando como fundamental o direito à liberdade. Assim, não havia como condicionar a dissolução do casamento ao decurso de prazos ou à identificação de causas.

O legislador, no entanto, não contemplou a única causa que pode tornar insuportável a vida em comum. Nenhuma das diversas hipóteses elencadas permite a identificação de um culpado. O que traz a lei são meras consequências. A causa é uma só. Comete adultério, tenta matar, agride, abandona, mantém conduta desonrosa quem não ama mais. As atitudes previstas são meros reflexos do fim do amor. O esgotamento do vínculo de afetividade é que leva alguém a violar os deveres do casamento. Como diz Rodrigo da Cunha Pereira, o litígio conjugal é a falência do diálogo. Cada

um acredita estar dizendo a verdade e quer que o Estado-juiz diga quem é o certo ou o errado, isto é, quem é culpado ou inocente.[2]

Felizmente – e em boa hora – a Emenda Constitucional 66/2010 derrogou quase todo o capítulo do Código Civil que trata da dissolução do casamento e do vínculo conjugal (CC arts. 1.571 a 1.582). Apesar da decisão isolada do STJ,[3] todos os tribunais admitem exclusivamente a dissolução do vínculo conjugal por meio do **divórcio**. Não há mais prazos nem perquirição de culpas para qualquer dos cônjuges, a qualquer tempo, buscar o divórcio.

Ao menos agora há uniformidade de tratamento, uma vez que na **união estável** nunca foi exigida identificação de causas ou averiguação de culpas.

O só fato de o Código de Processo Civil, por sete vezes, fazer uso da expressão separação (CPC 23 III, 53 I, 189 II, 693, 731, 732 e 733) não ressuscitou o instituto da separação. A lei processual se limita a apontar os ritos para a realização do direito material. Na ausência de direito a ser tutelado, os dispositivos restam esvaziados. E nem a solitária decisão do STJ teve o condão de ressuscitar um instituto já sepultado.[4]

5.4. NOME

A lei punia quem se afastava do casamento. O culpado ficava sujeito a perder a própria **identidade**, pois o uso do nome dependia da benemerência do "inocente" (CC 1.578). Reconhecida a culpa do cônjuge que havia adotado o nome do outro, só havia a possibilidade de continuar a usá-lo se com isso concordasse o "dono" do nome. Fora disso, o "culpado" precisava provar que a mudança acarretaria evidente **prejuízo** para a sua identificação; manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos; ou dano grave assim reconhecido pelo juiz.

Com o desaparecimento do instituto da separação, sumiu a perversa punição a que ficava sujeito o culpado de perder um de seus atributos da personalidade: o direito de usar o nome que adotou ao casar. Nome que é seu, pois não lhe foi "emprestado" pelo cônjuge, pelo fato de usá-lo desde o nascimento. Mesmo que persistam na Lei Civil, os arts. 1.571 § 2.º e 1.578 são letra morta.

---

2. Rodrigo da Cunha Pereira, Divórcio, 78.
3. STJ, REsp 1.247.098/MS, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14/03/2017.
4. STJ, REsp 1.247.098/MS, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14/03/2017.

Quem, ao casar, adotou o sobrenome do outro, quando do divórcio pode livremente escolher: permanecer com o nome de casado ou retornar ao nome de solteiro. A escolha é exclusivamente sua.[5]

5.5. ALIMENTOS

Impõe a lei a **solidariedade familiar** de forma recíproca, estabelecendo a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges e companheiros, para viver de modo compatível com sua **condição social** e atender às necessidades de **educação** (CC 1.694). Além de identificar os obrigados, são estabelecidos limites para a quantificação do valor dos alimentos: necessidade de quem pede e possibilidade de quem paga (CC 1.694 § 1.º).

No entanto, se a situação de necessidade resultasse da culpa de quem os pleiteava, diz a lei que os alimentos serão limitados ao **indispensável** à **sobrevivência** (CC 1.694 § 2.º). A previsão é nitidamente **punitiva**. Não explicita a lei quais credores se sujeitam a essa limitação. Pelo jeito, a restrição atingiria até a obrigação decorrente do **poder familiar**, que tem assento constitucional (CR 229).

Desse modo, caso o filho tenha dado causa ao pagamento dos alimentos – por exemplo, se afastou do convívio familiar –, o encargo não pode ser limitado. Até parece que o pai não teria mais nem a obrigação de assegurar-lhe acesso à educação.

A partir da EC 66/2010, estão derrogados os arts. 1.702 e 1.704 do Código Civil. Dispositivos que mitigavam um pouco a verdadeira **pena de morte** que a legislação pretérita impunha ao culpado pela separação. A culpa excluía o direito a alimentos.

Com o fim da separação – ao menos da separação litigiosa –, a culpa deixa de existir como redutor do encargo alimentar. Não mais persiste a

---

5. Ação de conversão de separação em divórcio. Pedido de utilização do nome de casada. Possibilidade. Direito de personalidade. Recurso provido. 1. Apelação interposta pela ré, contra sentença que julgou procedente pedido de conversão de separação em divórcio e indeferiu o pedido da requerida, de utilização do nome de casada. 1.1. Apelação da demandada pretendendo a reforma da sentença, para que possa continuar utilizando o sobrenome proveniente do ex-cônjuge, adotado durante a constância do casamento. 2. Por se tratar de um atributo da personalidade, a retirada do sobrenome cabe exclusivamente ao cônjuge que o adotou, sob pena de ofensa ao princípio constitucional de respeito à dignidade humana. [...]. (TJDF – AC 121.5438, 2ª T. Cív., Rel. Des. João Egmont, j. 06/11/2019).

possibilidade de encargo ser apenas no montante indispensável à **subsistência** de quem necessita de alimentos. Desse modo, descabido averiguar eventual responsabilidade de quem os pleiteia para limitar o seu valor (CC 1.694 § 2.º). Tais restrições além de atentar à dignidade da pessoa (CR 1.º III), também afrontam os princípios da privacidade e da intimidade (CR 5.º X), que são violados sempre que se perquire culpa.

Como a verba alimentar é indispensável à sobrevivência, os parâmetros para sua fixação estão atrelados tão só à necessidade de quem pleiteia e à possibilidade de quem tem o dever de pagar. Não é possível trazer para dentro da ação de divórcio ou de desconstituição da união estável questionamentos sobre a culpa, mesmo quando for cumulado pedido de alimentos, pois não mais persiste a possibilidade de achatamento dos alimentos à necessidade de subsistência.

Ao identificar os obrigados a pagar alimentos, a lei faz referência primeiro aos parentes e depois ao cônjuge ou companheiro (CC 1.694). Porém, tal não inverte a ordem de preferenciabilidade. A obrigação alimentar entre cônjuges e companheiros decorre do dever de mútua **assistência**, e a responsabilidade dos parentes tem origem na **solidariedade familiar**. Por isso os primeiros obrigados são o cônjuge ou o companheiro. Antes, quando persistia a comprovação da culpa, invertia-se a ordem de preferência. A obrigação alimentar era imposta, em primeiro lugar, aos parentes (CC 1.704 parágrafo único). Sem a possibilidade de restringir o valor do encargo alimentar (CC 1.694 § 2.º), não ocorre a inversão da ordem dos obrigados. O cônjuge que pleiteia alimentos pode dirigir a ação contra o ex-cônjuge. Este não pode invocar sua **ilegitimidade**, alegando que a responsabilidade primeira é dos parentes.

5.6. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica é prevista na lei civil (CC 50) e seu procedimento na lei processual (CPC 133 a 137). O abuso da personificação jurídica por desvio de finalidade ou confusão patrimonial, na tentativa de coibir indevida vantagem patrimonial, permite ignorar a pessoa jurídica para alcançar a **pessoa física do sócio.**

A situação inversa, isto é, quando demonstrado que a pessoa jurídica é utilizada para fraudar ou esconder bens, é denominada de **desconsideração inversa ou invertida**. Consiste na busca de bens que estão em nome da empresa, que se tornou mera extensão do sócio.

A **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica**, instituída pela Medida Provisória 881/2019[6], exige a necessidade da **prova do dolo** na configuração do desvio. Quando se tratam de demandas familiares, tal exigência acaba ressuscitando o instituto da culpa, banido, em boa hora, quando sepultada a separação judicial (EC 66/2010).

Além disso, trata-se de prova extremamente difícil, pois, de um modo geral, cônjuges e companheiros não acompanham a atividade empresarial do parceiro.

E, determinar a inversão dos ônus probatórios (CPC 373 § 1°), como sugere Flávio Tartuce[7], não tem como surtir resultado, pois a **prova negativa** de postura dolosa ou culposa, é quase impossível.

5.7. SUCESSÃO

Mesmo depois da morte, não abandona o Estado o interesse em identificar culpados. No âmbito do direito sucessório, a culpa, ou melhor, a sua ausência, garantia benefícios (CC 1.830). Ainda que estivesse o casal **separado de fato** há dois anos, para o cônjuge sobrevivente fazer jus à herança bastava comprovar que a convivência não havia se tornado insuportável por responsabilidade sua.[8]

Com o fim da culpa, desapareceu também no âmbito sucessório a possibilidade de ser invocada. Aliás, nada justifica persistir o direito à herança após a **separação de fato**, que rompe a comunicabilidade de bens.

LEITURA COMPLEMENTAR

MADALENO, Rolf. Separações e anulações: culpa e responsabilidades ou fim da conjugalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 598-623.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio*: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Wilson Medeiros. Aplicabilidade da teoria da desconsideração invertida. *Revista MPMG Jurídico*, ano II, n. 10, p. 37-38, jul.-set. 2007.

6. Lei 13.784/2019.
7. Flávio Tartuce, A desconsideração da personalidade jurídica...
8. Maria Berenice Dias, Manual das Sucessões, 60.

TARTUCE, Flávio. A desconsideração da personalidade jurídica aplicada ao Direito de Família e das Sucessões e a Medida Provisória n. 881/2019. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.advol.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. Rio de Janeiro: *Revista da EMERJ*. 1998. v. 1, n. 2, p. 32–50, 1998.

6

DANO MORAL

Sumário: 6.1. O preço da dor – **6.2.** Deveres do casamento e da união estável – **6.3.** Noivado e namoro – **6.4.** Dano moral e alimentos – **6.5.** Abandono afetivo e alienação parental – **6.6.** Perda de uma chance – Leitura complementar.

6.1. O PREÇO DA DOR

As obrigações decorrentes das relações afetivas deveriam ter por base a conhecida frase de Saint-Exupéry: és responsável por quem cativas. É só isso que o amor deveria gerar: o direito de ser feliz e o dever de fazer o outro feliz. Mas, como diz a velha canção: *o anel que tu me deste era vidro e se quebrou, o amor que tu me tinhas era pouco e...*

Todos os relacionamentos que têm origem em vínculo de afetividade se propõem a ser eternos, estáveis, duradouros e com uma perspectiva infinita de vida em comum, até que a morte os separe. Os pares carregam a expectativa de um completar o outro na satisfação de suas necessidades de afeto, amor, relacionamento social etc., e a separação representa o rompimento desse projeto.[1] É um dos mais sofridos e traumáticos ritos de passagem.[2]

Quando da falência da união, anula-se da consciência tudo de bom que houve entre eles.[3] O final é sempre trágico. Não há ganhadores ou perdedores. Prevalecem rancores e mágoas. São os chamados **danos de amor**: a frustração injustificada de uma comunhão de vida, a lesão ao patrimônio imaterial, a quebra da expectativa de compromisso e de exclusividade.[4]

---

1. Melanie Falkas, O luto de uma separação, 366.
2. Rodrigo da Cunha Pereira, Separação e ritos de passagem, 362.
3. Rodrigo da Cunha Pereira, Divórcio, 78.
4. Bruna Barbieri Waquim, Universos paralelos e danos de amor:..., 71.

O **princípio da boa-fé objetiva** vem se infiltrando no Direito das Famílias. Ainda que tenha origem negocial, direciona-se à superação de sua última fronteira: a das relações existenciais.[5] O dever de lealdade que se consubstancia na proibição de comportamento contraditório lastreia-se no **princípio da confiança**, que tem por fundamento o afeto.[6]

A busca de indenização por dano moral transformou-se na panaceia para todos os males. Há uma acentuada tendência de ampliar o instituto da responsabilização civil. O eixo desloca-se do elemento do **fato ilícito** para, cada vez mais, preocupar-se com a reparação do **dano injusto**.[7] De outro lado, o desdobramento dos **direitos de personalidade** faz aumentar as hipóteses de ofensa a tais direitos, ampliando as oportunidades para o reconhecimento da existência de danos.[8] Visualiza-se abalo moral diante de qualquer fato que possa gerar algum desconforto, aflição, apreensão ou dissabor. Essa tendência acabou se alastrando às relações familiares, na tentativa de migrar a responsabilidade decorrente da manifestação de **vontade** para o âmbito dos vínculos afetivos. No entanto, o Direito das Famílias é o único campo do direito privado cujo objeto não é a vontade, é o **afeto**. Como diz João Baptista Villela, o amor está para o Direito de Família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos.[9] Ou seja, se busca transformar a desilusão pelo fim do amor em obrigação indenizatória.

Fatores socioculturais e de ordem religiosa serviam de justificativa para a busca da identificação de um culpado para o fim da relação. A tentativa era manter a função institucional do casamento como meio de preservar a família, tida como a *cellula mater* da sociedade. Por isso, a legislação consagrou o princípio da **culpa** como único fundamento para a dissolução coacta do casamento. Com o fim do **instituto da separação** (EC 66/2010), desapareceu a necessidade de identificação da culpa, uma vez que o divórcio não admite perquirir causas.

No âmbito do Direito das Famílias, cabe a responsabilidade civil do cônjuge ou do companheiro autor do dano? Ainda que não haja expressa previsão sobre a possibilidade de indenização em decorrência da vida em comum, a lei também não a proíbe. Inúmeros dispositivos do Código Civil (12, 1.572, 1.573, 1.637, 1.638, 1.752, 1.773, 1.814 e 1.995) apontam

5. Anderson Schreiber, O princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família, 128.
6. Cristiano Chaves de Farias, A tutela jurídica da confiança..., 266.
7. Ruy Rosado de Aguiar Jr., Responsabilidade civil no Direito de Família, 360.
8. Idem, 361.
9. João Baptista Villela, Repensando o Direito de Família, 20.

condutas a serem observadas pelos cônjuges, parentes, herdeiros, tutores e curadores, cujo descumprimento gera direito de indenização.[10]

É difícil vencer a controvérsia sobre a responsabilidade civil por ato praticado no âmbito do Direito das Famílias, uma vez que a resposta deve levar em linha de conta inúmeros fatores de ordem jurídica e até moral.[11] Cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, não podendo deixar de perceber que, na especialidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, por si, causa de indenização.[12] Na relação conjugal, o princípio da liberdade, juntamente com o da igualdade, se sobrepõe ao vínculo da solidariedade familiar, garantindo ausência de reparação por não haver propriamente dano moral indenizável.[13]

No entanto, a doutrina tem a tendência de apregoar a possibilidade de busca de indenização por danos morais quando do fim dos vínculos afetivos. No dizer de Sérgio Gischkow Pereira, trata-se da monetarização das relações erótico-afetivas, o que termina com a paixão, liquida com o amor, aprisiona a libido, abafa a força do sexo, impondo um puritanismo retrógrado.[14]

Impositivo é distinguir a natureza do dano. Quando decorre da prática de **ato ilícito**, sempre gera obrigação indenizatória. Comprovada a prática **dolosa ou culposa** de ato ilícito (CC 927), o infrator está sujeito a indenizar não só os danos físicos, mas também os psíquicos e os morais.

O fato é que o descumprimento das promessas feitas no limiar da união não pode gerar obrigação ressarcitória. Impor tal espécie de obrigação constituiria verdadeiro obstáculo à liberdade de entrar e sair do casamento ou da união estável. A ninguém é lícito impor a permanência em relacionamento sob a alegação de que sua conduta importa violação à moral do consorte.[15] Cônjuges e companheiros estariam impedidos de exercer direito à felicidade que é garantido constitucionalmente. Dita limitação infringiria, além do direito à liberdade, o próprio princípio de respeito à dignidade da pessoa humana.[16]

---

10. Idem, 367.
11. Ruy Rosado de Aguiar Jr., Responsabilidade civil no Direito de Família, 365.
12. Idem, 371.
13. Maria Celina Bodin de Moares, Danos morais em família?..., 201.
14. Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de Direito de Família, 82.
15. Belmiro Pedro Welter, Estatuto da união estável, 230.
16. Dano moral. Deveres de fidelidade, respeito e consideração mútuos, inerentes à relação conjugal. Ausência de prova de que o apelado houvesse dado causa ao

Como diz Vinicius de Moraes, o amor é eterno enquanto dura. Ninguém pode ser responsabilizado quando a chama da paixão apaga. O amor é uma via de mão dupla na qual os dois sujeitos da relação são responsáveis pelos seus atos e suas escolhas.[17] O casamento não impõe obrigação ou compromisso de caráter definitivo, cujo "distrato" possa ensejar o reconhecimento da ocorrência de dano moral indenizável. Descabido impor obrigação de caráter indenizatório pelo fim do afeto, até porque o desenlace do casamento é, muitas vezes, o melhor caminho para a felicidade.

A **dissolução do casamento** é a causa mais recorrente na busca de pretensão indenizatória, ainda que tenha sido afastada a perquirição da culpa quando finda o vínculo matrimonial.

Já a **anulação do casamento** por **erro essencial** pode dar ensejo à indenização por dano moral.

Também danos decorrentes de agressões e injúria, por exemplo, são indenizáveis, aliás, como o é qualquer lesão causada quer pelo cônjuge, quer por qualquer pessoa.

6.2. DEVERES DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

Vínculos afetivos não são singelos contratos regidos pela vontade. São relacionamentos que têm como causa de sua constituição o afeto. Basta ver o rol de deveres impostos ao casamento (CC 1.566) e à união estável (CC 1.724). Apesar de constarem na lei, estes não são deveres jurídicos. Mais significam deveres morais do casal, o que não interessa ao direito. Assim, a violação desses deveres não constitui, por si só, ofensa à honra e à dignidade do consorte, a ponto de gerar obrigação por danos morais. Assim, quando o amor acaba, não há como impor responsabilidade indenizatória. Os dissabores decorrentes do desfazimento da relação não são indenizáveis.

Ninguém pode ser considerado culpado por deixar de amar. Quando acaba o sonho do amor jurado eterno, a tendência sempre é culpar o outro. Mas o desamor, a solidão, a frustração da expectativa de vida a dois não

---

rompimento do casamento por conduta ilícita que acarretasse graves violações aos direitos da personalidade da apelante, tal como o alegado sofrimento psicológico e humilhações públicas. [...] Embora o divórcio ou a separação de um casal possa vir a ser traumática para qualquer das partes, causando-lhes frustrações, decepções e mágoas, tais são inerentes à própria dissolução da sociedade conjugal. Recurso a que se nega provimento (TJRJ, Ap 00199517120168190209, 2ª C. Civ., Rel. Des. Jessé Torres Pereira Júnior, j. 12/12/2018).

17. Rodrigo da Cunha Pereira, Concubinato e união estável, 9.

são indenizáveis. Para a configuração do dever de indenizar não é suficiente que o ofendido demonstre seu sofrimento. Somente ocorre a responsabilidade civil se presentes todos os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexo causal. Não cabe indenizar alguém pelo fim de uma relação conjugal. Pode-se afirmar que a dor e a frustração, se não são queridas, são ao menos previsíveis, lícitas e, portanto, não indenizáveis.[18]

No que tange ao desrespeito dos **deveres conjugais** na ponderação dos interesses contrapostos entre a **solidariedade familiar** e a **autonomia individual**, ou seja, entre a sociedade conjugal e as escolhas individuais de cada cônjuge, segundo a doutrina mais atenta, prevalecem os direitos do indivíduo e as suas próprias opções de vida, não se admitindo que o seu descumprimento dê causa, com êxito, à ação de responsabilidade civil.[19]

O **dever de fidelidade** recíproca e de mantença de vida em comum entre os cônjuges, bem como o **dever de lealdade** imposto aos companheiros, não significam obrigação de natureza sexual. Não há como obrigar o adimplemento do *debitum conjugale*, infeliz locução que significa o dever de alguém se sujeitar a contatos sexuais contra a sua vontade. Ora, se existisse débito, precisaria haver crédito conjugal. Desarrazoado e desmedido pretender que a ausência de contato físico de natureza sexual seja reconhecida como inadimplemento de dever conjugal a justificar obrigação indenizatória por dano moral.

Raras decisões impõem o pagamento de indenização em decorrência da **infidelidade.** A tendência é negar que relação extraconjugal gere direito à indenização por dano moral.[20] A não ser quando resulta em humilhações e constrangimentos públicos.[21]

18. Nara Rubia Alves de Resende, Da possibilidade de ressarcimento dos danos..., 30.
19. Maria Celina Bodin de Moraes, A responsabilidade e a ..., 817.
20. Ação de divórcio cumulada com alimentos, partilha e danos morais. [...] Dano moral por alegada infidelidade do marido não é *in re ipsa*. Alegação de adultério não é suficiente para gerar o dever de indenizar. Exigência de excepcional situação vexatória para a possibilidade de reconhecimento de existência de dano moral. [...] Recurso desprovido (TJSP - AC 1044631-56.2017.8.26.0506, Ac. 13405668, 8ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 13/03/2020).
21. Ação de divórcio e indenizatória. Infidelidade comprovada. Humilhações e constrangimentos públicos. Dano moral configurado. Valor. R$ 30.000,00. [...] 2. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 3. Agravo interno ▪ que se nega

No entanto, a obrigação indenizatória decorre da prática de **ato ilícito** (CC 186) consumado ou tentado, e não da existência do vínculo familiar. A origem da obrigação é o **delito penal**, e não o descumprimento de deveres conjugais.

No que diz com a violação dos demais deveres do casamento, como **adultério, abandono do lar, condenação criminal** e **conduta desonrosa**, que serviam de motivação para a ação de separação (CC 1.573 I e IV a VI), não geram por si só obrigação indenizatória. Porém, inclina-se a doutrina a sustentar que, se tais posturas, ostentadas de maneira pública, comprometeram a reputação, a imagem e a dignidade do parceiro, cabem danos morais. No entanto, é necessária a comprovação dos elementos caracterizadores da culpa – dano, culpa e nexo de causalidade –, ou seja, que os atos praticados tenham sido martirizantes, advindo profundo mal-estar e angústia. Como diz Belmiro Welter, em alguns casos é impossível não se sensibilizar pela tese da reparabilidade dos danos morais resultantes da dissolução da sociedade conjugal.[22]

Ainda que o **pedido** na ação indenizatória por dano moral seja de natureza econômica, quando a **causa de pedir** diz com fato ocorrido em uma relação afetiva, a competência é das **Varas de Família.**

Com o desaparecimento da separação, a **tentativa de morte** e as **sevícias** (CC 1.573 II e III) deixam de servir de fundamento para a dissolução do casamento, mas geram direitos indenizatórios a título de dano moral, sem a necessidade de comprovação de sequelas físicas. Os danos psíquicos são inquestionáveis. Quando a vítima é a mulher, tais atos configuram **violência doméstica**, conforme preceitua a Lei Maria da Penha.

A falsa **atribuição da paternidade** ao marido pode ensejar obrigação indenizatória, apesar de descabida a restituição dos alimentos pagos ao filho. [23]

---

provimento (STJ – AgInt no AREsp 1.673.702/SP (2020/0051590-6), 4ª T., Rel. Min Maria Isabel Gallotti, j. 14/09/2020).

22. Belmiro Pedro Welter, Dano moral na separação judicial, divórcio e união estável, 135.

23. Falsa imputação de paternidade. Transtornos e constrangimentos. Dano moral. Configuração. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida. Apesar de não ser possível atribuir conduta dolosa à reclamada, é certo que houve evidente omissão em sua conduta quanto à possibilidade de a criança ser filha de terceiro. Além disso, a recorrente fez com que a parte autora registrasse o menor, assumisse a sua criação, bem como propôs ação e execução de alimentos, culminando com a prisão civil do reclamante. Desse modo, tais fatos, por certo, repercutiram também na honra e na

6.3. NOIVADO E NAMORO

Ao se falar em dano moral e ressarcimento pela dor do fim do sonho desfeito, o término do namoro também poderia originar responsabilidade por dano moral.[24] Quando se dissolve o noivado, com alguma frequência é buscada indenização, não só pelos danos materiais referente aos gastos feitos com os preparativos do casamento que se frustrou, mas também por danos morais pelo projeto de vida que desabou. Ainda que todos concordem que o fim do namoro não é fonte de responsabilidade, o noivo abandonado na porta da igreja acaba batendo às portas da Justiça.

O noivado recebia o nome de **esponsais:**[25] contrato escrito no qual os noivos assumiam o compromisso solene de contrair matrimônio, com estipulação de prazos e outras condições. Como se tratava de uma promessa de realizar um negócio jurídico, tal qual uma promessa de contratar - ou seja, promessa de casamento –, ensejava direito de indenização a ser resolvida por perdas e danos em caso de inadimplemento. A lei não mais regulamenta essa hipótese, e o noivado não pode ser identificado como um contrato verbal.

Ainda que o noivado seja um prenúncio do casamento, não gera obrigação de casar. Trata-se de mero **compromisso moral e social** e significa somente a intenção de casar. Esse compromisso, no entanto, pode ser desfeito a qualquer tempo. Não se pode negar que a dor e o sofrimento causados por uma separação não desejada são intensos e profundos, mas, como bem adverte Maria Celina Bodin de Morais, não são sentimentos que se comportam no conceito jurídico de dano moral. O significado da expressão rompimento imotivado ou injustificado só pode dizer respeito ao fato de que não se tem mais a vontade (juridicamente protegida) de casar.[26]

Essa é a postura que norteia a jurisprudência que não reconhece a responsabilidade civil pela ruptura unilateral do noivado, deixando de impor pagamento de indenização por dano moral. Com o fim do noivado,

---

imagem do autor, ofendeu deveres de lealdade e boa-fé, configurando dano moral passível de indenização. O valor arbitrado a título de indenização moral não carece de reparos, devendo, portanto, ser mantido por este Colegiado. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida (TJAP – RI 00448802620178030001, Rel. Reginaldo Gomes de Andrade, j. 28/08/2018).

24. Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de Direito de Família, 82.
25. A lei que o previa é do ano de 1784 e constava da Consolidação das Leis Civis, art. 76 e seguintes.
26. Maria Celina Bodin de Moraes, Danos morais em família?..., 183.

cabe, no máximo, buscar **danos materiais**, mediante a comprovação dos prejuízos, em face das providências tomadas em razão da expectativa do casamento.[27] Não se indenizam **lucros cessantes**, mas os prejuízos diretamente causados pela quebra do compromisso. Trata-se de obrigação de outro título, sem considerar o casamento como um negócio, uma forma de obter lucro ou vantagem.[28]

De qualquer modo, é de reconhecer como **abuso de direito** a atitude de quem põe fim ao relacionamento às vésperas do casamento. Desvencilhar-se de quem não é o parceiro ideal para acompanhar a empreitada de uma vida é lícito, mas exercitar esse direito poucos dias antes da cerimônia matrimonial configura abuso de direito.[29] Sustenta Euclides de Oliveira a possibilidade de indenização na hipótese de arrependimento injustificado e rompimento danoso do noivado, como no caso em que um dos nubentes desaparece às vésperas do casamento, assume novo relacionamento amoroso ou, ainda pior e mais doloroso, abandona o outro aos pés do altar.[30]

6.4. DANO MORAL E ALIMENTOS

Não se pode confundir obrigação alimentar com indenização por danos morais. A obrigação de pagamento de alimentos, que subsiste após o rompimento do casamento e da união estável, não dispõe de natureza indenizatória. Com o fim do instituto da culpa, desapareceu a possibilidade de buscar a identificação do responsável pela situação de necessidade para achatar o *quantum* dos alimentos (CC 1.694 § 2.º).

O reconhecimento da obrigação alimentar não é condenação por danos morais. Trata-se de encargo que tem como causa a necessidade,

---

27. Ação indenizatória. Noivado. Rompimento às vésperas do casamento. Ilícito moral. Caracterização. Ausência. Danos materiais. Recomposição na medida exata do decréscimo patrimonial. 1. Rompimento de noivado às vésperas do casamento, quando passado na esfera privada dos nubentes sem qualquer constrangimento público, humilhação, agressões ou outras circunstâncias extraordinárias, não constitui ilícito moral. Os laços afetivos, pela própria natureza humana, estão sujeitos à ruptura, haja vista que sua perpetuação, ainda que desejada, não pode ser tomada como certa e inabalável. 2. A reparação material deve corresponder, em exata medida, ao decréscimo patrimonial experimentado pelo lesado, conforme comprovação efetiva nos autos (TJMG – AC 0000165-09.2012.8.13.0319, 2ª C. Cív., Rel. Octávio de Almeida Neves, j. 22/05/2019).
28. José de Aguiar Dias, Da responsabilidade civil, 162.
29. Clayton Reis e Fernanda Simões, As relações familiares sob a ótica..., 34.
30. Euclides de Oliveira, A escalada do afeto no Direito de Família:..., 330.

e a ausência de condições de prover própria subsistência. Ao depois, os alimentos estão sujeitos à revisão e à exoneração, possibilidades que não se coadunam com a responsabilidade civil.[31]

Estabelece José de Aguiar Dias a diferença entre pensão alimentícia e indenização: os alimentos só podem ser exigidos pelo cônjuge que prova necessidade, ao passo que a reparação civil pode ser exigida independentemente da situação econômica do prejudicado. A indenização tem caráter definitivo, não pode ser suprimida, aumentada ou diminuída, enquanto a pensão alimentar é essencialmente variável, por atender às necessidades do alimentando e às condições econômicas do alimentante.[32]

Ainda que não se confundam, nada impede que a indenização por dano moral seja paga de forma parcelada, em prestações mensais. E, mesmo paga parceladamente, tal não inibe a busca de alimentos, que podem ser devidos simultaneamente.

Sequer os **alimentos compensatórios**, que visam garantir o padrão de vida que desfrutava o casal, apesar de sua **natureza indenizatória**, se confundem com dano moral.

6.5. ABANDONO AFETIVO E ALIENAÇÃO PARENTAL

Por preceito constitucional (CR 227), crianças e adolescentes transformaram-se em **sujeitos de direito** e foram contemplados com enorme número de garantias e prerrogativas. O **princípio da proteção integral** impõe que sejam colocados a salvo de toda forma de **negligência**. Mas direitos de uns significa obrigações de outros. São responsáveis a dar efetividade a esse leque de garantias: a família, a sociedade e o Estado. Ao regulamentar a norma constitucional, o ECA identifica como direito fundamental de crianças e adolescentes o seu desenvolvimento sadio e harmonioso (ECA 7.º). Igualmente lhes garante o direito a serem criados e educados no seio de sua família (ECA 19).

O conceito atual de família é centrado no **afeto** como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A enorme evolução das ciências psicossociais escancarou a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não se pode mais ignorar essa realidade, tanto que se passou

---

31. Nara Rubia Alves de Resende, Da possibilidade de ressarcimento dos danos..., 12.
32. José de Aguiar Dias, Da responsabilidade civil, 170.

a falar em **paternidade responsável**. Assim, a convivência dos pais com os filhos não é um **direito**, é um **dever**. Não há o direito de visitá-lo, há a **obrigação** de conviver com eles. O distanciamento entre pais e filhos produz consequências de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

De outro lado, a tentativa de manter os filhos afastados da convivência com um dos genitores provoca iguais sintomas. A prática nominada de **alienação parental** é centrada em mentiras, falsas acusações e manipulações. A ponto de os filhos não saberem quem odiar, quem amar. Nem o que é verdade ou pura imaginação. O que é certo e o que é errado. Estas sequelas causam danos susceptíveis de indenização.[33]

---

33. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. Dano *in re ipsa*. 1. "A omissão é o pecado que com mais facilidade se comete, e com mais dificuldade se conhece, e o que facilmente se comete e dificultosamente se conhece, raramente se emenda. A omissão é um pecado que se faz não fazendo" (Padre Antônio Vieira. Sermão da Primeira Dominga do Advento. Lisboa, Capela Real, 1650). 2. A omissão não significa a mera conduta negativa, a inatividade, a inércia, o simples não fazer, mas, sim, o não fazer o que a lei determina. 3. "Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família" (Precedente do STJ: REsp 1159242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi). 4. "A indenização do dano moral por abandono afetivo não é o preço do amor, não se trata de novação, mas de uma transformação em que a condenação para pagar quantia certa em dinheiro confirma a obrigação natural (moral) e a transforma em obrigação civil, mitigando a falta do que poderia ter sido melhor: *faute de pouvoir faire mieux*, fundamento da doutrina francesa sobre o dano moral. Não tendo tido o filho o melhor, que o dinheiro lhe sirva, como puder, para alguma melhoria" (Kelle Lobato Moreira. Indenização moral por abandono afetivo dos pais para com os filhos: estudo de Direito Comparado. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica Portuguesa/Université de Rouen, França/Leibniz Universität Hannover. Orientadora: Profa. Dra. Maria da Graça Trigo. Coorientador: Prof. Dr. Vasco Pereira da Silva. Lisboa, 2010). 5. "Dinheiro, advirta-se, seria ensejado à vítima, em casos que tais, não como simples mercê, mas, e sobretudo, como algo que correspondesse a uma satisfação com vistas ao que foi lesado moralmente. Em verdade, os valores econômicos que se ensejassem à vítima, em tais situações, teriam, antes, um caráter satisfatório que, mesmo, ressarcitório" (Wilson Melo da Silva. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 122). 6. Não se pode exigir, judicialmente, desde os primeiros sinais do abandono, o cumprimento da "obrigação natural" do amor. Por tratar-se de uma obrigação natural, um Juiz não pode obrigar um pai a amar uma filha. Mas não é só de amor que se trata quando o tema é a dignidade humana dos filhos e a paternidade responsável. Há, entre o abandono e o amor, o dever de cuidado. Amar é uma possibilidade; cuidar é uma obrigação civil. 7. "A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça" (Código Civil português – Decreto-Lei 47.344, de 25 de novembro

A possibilidade indenizatória pela prática de alienação parental sanciona o genitor responsável pelo exercício abusivo das responsabilidades parentais. Trata-se de medida necessária, posto que a indenização, nestes casos, possuirá caráter pedagógico e, até mesmo, preventivo.

A falta de convívio com os pais, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severos **danos psicológicos** a comprometer o desenvolvimento saudável dos filhos. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de

---

de 1966, em vigor desde o dia 1 de junho de 1967, art. 402º). 8. A obrigação dos progenitores cuidarem (*lato senso*) dos filhos é dever de mera conduta, independente de prova ou do resultado causal da ação ou da omissão. 9. "O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88" (Precedente do STJ: REsp 1159242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi). 10. Até 28 de março de 2019, data da conclusão deste julgamento, foram 21 anos, 2 meses e 20 dias de abandono, que correspondem a 1.107 semanas, com o mesmo número de sábados ■ domingos, e ■ 21 aniversários sem a companhia do pai. 11. A mesma lógica jurídica dos pais mortos pela morte deve ser adotada para os órfãos de pais vivos, abandonados, voluntariamente, por eles, os pais. Esses filhos não têm pai para ser visto. No simbolismo psicanalítico, há um ambicídio. Esse pai suicida-se moralmente como via para sepultar as obrigações da paternidade, ferindo de morte o filho e ■ determinação constitucional da paternidade responsável. 12. "O dano moral, com efeito, tem seu pressuposto maior na angústia, no sofrimento, na dor, assim como os demais fatores de ordem física ou psíquica que se concretizam em algo que traduza, de maneira efetiva, um sentimento de desilusão ou de desesperança" (Wilson Melo da Silva. Idem, p. 116). 13.O dano moral (patema d'animo) por abandono afetivo é in re ipsa 14. O valor indenizatório, no caso de abandono afetivo, não pode ter por referência percentual adotado para fixação de pensão alimentícia, nem valor do salário mínimo ou índices econômicos. A indenização por dano moral não tem um parâmetro econômico absoluto, uma tabela ou um baremo, mas representa uma estimativa feita pelo Juiz sobre o que seria razoável, levando-se em conta, inclusive, a condição econômica das partes, sem enriquecer, ilicitamente, o credor, e sem arruinar o devedor. 15. "É certo que não se pode estabelecer uma equação matemática entre ■ extensão desse dano [moral] e uma soma em dinheiro. A fixação de indenização por dano [moral] decorre do prudente critério do Juiz, que, ao apreciar caso ■ caso e as circunstâncias de cada um, fixa o dano nesta ou naquela medida" (*Maggiorino Capello. Diffamazione e Ingiuria*. Studio Teorico-Pratico di Diritto e Procedura. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1910, p. 159). 16. A indenização fixada na sentença não é absurda, nem desarrazoada, nem desproporcional. Tampouco é indevida, ilícita ou injusta. R$ 50.000,00 equivalem, no caso, ■ R$ 3,23 por dia e a R$ 3,23 por noite. Foram cerca de 7.749 dias e noites. Sim, quando o abandono é afetivo, a solidão dos dias não compreende ■ nostalgia das noites. Mesmo que nelas se possa sonhar, as noites podem ser piores do que os dias. Nelas, também há pesadelos. 17. Recurso conhecido e desprovido. (TJDF – AC 0015096-12.2016.8.07.0006, 8ª T. Cív., Rel. Nídia Corrêa Lima, j. 28/03/2019).

ter o filho em sua companhia, produz **danos emocionais** merecedores de reparação. A ausência da figura paterna pode tornar os filhos pessoas inseguras. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo.[34] Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência de **sequelas psicológicas** deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.

A reparabilidade do dano encontra respaldo legal (CC 952 parágrafo único), uma vez que atinge o sentimento de estima frente determinado bem.

O **prazo prescricional** para a propositura da ação é de três anos a contar da maioridade do autor.[35]

6.6. PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance surgiu do alargamento do conceito de responsabilidade civil, para abranger não só os danos causados à pessoa, mas também o desaparecimento da probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro. Trata-se de modalidade autônoma de dano, que permite a reparação em decorrência da subtração da possibilidade séria e real que tinha a vítima de obter, futuramente, um benefício, evitar ou minimizar determinada situação prejudicial, independentemente da certeza absoluta do resultado final.[36]

Cada vez mais doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a possibilidade de invocar a perda de uma chance no âmbito do Direito das Famílias. Alerta Fernanda Barretto sobre o risco de colocar a teoria a serviço

---

34. IBDFAM – Enunciado 8: O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.

35. Ação de indenização por abandono afetivo. Prescrição. Recurso provido. 1. O abandono afetivo deve ser entendido como uma lesão extrapatrimonial a um interesse jurídico tutelado, causada por uma omissão no cumprimento do exercício do poder familiar, insculpido no art. 1.634 do Código Civil, configurando um ilícito, que gera a obrigação indenizatória. 2. Observa-se que a ação de indenização por abandono afetivo tem o prazo prescricional de 3 (três) anos, a contar da maioridade do filho. Apelação conhecida e provida (TJGO – AC 00962948220168090146, 3ª C. Cív., Rel. Ney Teles de Paula, j. 08/08/2019).

36. Fernanda Carvalho Leão Barretto, A responsabilidade civil pela perda de uma chance..., 22.

da violação do afeto, ou seja, a pretensão de buscar indenização pela mera ruptura das relações afetivas.[37]

A alegação de perda de uma chance pelo rompimento de um namoro, noivado ou casamento não preenche o requisito essencial de subtrair a oportunidade de obter situação vantajosa. Para isso seria indispensável a presença dos pressupostos comuns à responsabilidade civil (conduta, culpa, dano e nexo de causalidade).[38] A oportunidade subtraída da vítima é, em si mesma, um bem jurídico atual e certo, cuja violação faz nascer direito à reparação. Daí a necessidade de comprovar a perda da vantagem sofrida, indicando as probabilidades sonegadas pelo ato culposo do ofensor.[39]

Somente no caso concreto é possível aferir se as chances eram, efetivamente, reais, de acordo com o **princípio da razoabilidade**. Ainda que ressaltando as dificuldades em se admitir, na prática, tal situação, Rafael Peteffi da Silva discorre sobre a incidência da teoria da perda de uma chance no caso do credor que deixa de receber **pensão alimentícia** em razão da morte do alimentante, culposamente causada por terceiro.[40]

Também é possível cumular a ação **investigatória de paternidade com pedido indenizatório**, por ter o filho, por exemplo, perdido a chance de ter recebido melhor educação.

Cabe atentar para a diferença entre perda de uma chance e lucros cessantes. Segundo Cristiano Chaves, os **lucros cessantes** correspondem ao dano patrimonial consistente na perda certa e incontroversa de um bem jurídico que iria se incorporar ao patrimônio do sujeito lesado, enquanto a **perda de uma chance** corresponde a uma possibilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não tivesse sido subtraída a oportunidade.[41] A perda de uma chance pode estar relacionada a um **dano não patrimonial**, ao passo que os lucros cessantes sempre decorrem de prejuízo patrimonialmente aferível (CC 403).

37. Idem, 29.
38. Cristiano Chaves de Farias, A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família:..., 57.
39. Rafael Peteffi da Silva, Responsabilidade civil pela perda de uma chance:..., 47.
40. Idem, 38.
41. Cristiano Chaves de Farias, A teoria da perda de uma chance aplicada no Direito de Família:..., 50.

LEITURA COMPLEMENTAR

AGUIAR JR., Ruy Rosado. Responsabilidade civil no Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 359-372.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada no Direito de Família: utilizar com moderação. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, n. 7, p. 46-63, dez.-jan. 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-201.

______. A responsabilidade e reparação civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 805-831.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren; GOMES, Mirela Franco. Os danos morais decorrentes da alienação parental no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, Magister, vol. 85, jul.-ago. 2018. p. 105-123.

7

SITUAÇÃO JURÍDICA DA MULHER

Sumário: 7.1. A trajetória da mulher – **7.2.** Na legislação pretérita – **7.3.** Frente à Constituição da República – **7.4.** Na lei atual – **7.5.** No Judiciário – **7.6.** A violência doméstica e familiar contra a mulher – Leitura complementar.

Referências legais: CR 5.º I, 226 § 4.º e 8.º; Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada); Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos), 52; Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha); Lei 11.977/2009 (Minha casa, minha vida) 35-A; Lei 11.804/2008 (Alimentos gravídicos); Lei 13.104/2015 (Lei do feminicídio); CP, 121 § 2º VI, § 2º-A e § 7º IV; Lei 8.072/1990 1º I (Lei dos crimes hediondos); CNJ – Resoluções 121/2010, 128/2011, 213/2015, 254/2018 e 284/2019, Resolução Conjunta CNJ/CNMP 5/2020, Portarias 11/2018, 15/2017, 25/1011, 49/2011, 54/2016, 88/2020, 130/2019, 164/2018 70/2020 e Recomendação 9/2017.

7.1. A TRAJETÓRIA DA MULHER

A presença da mulher é uma história de ausência. Como bem refere Rodrigo da Cunha Pereira, o lugar dado pelo direito à mulher sempre foi um não lugar.[1] Sua voz nunca foi ouvida e seu pensamento não era convidado a participar. As mulheres nem sabiam bem quem eram, em um mundo isento de direitos civis e cheios de deveres servis.[2] Relegada da cena pública e política, sua força produtiva sempre foi desconsiderada, não

---

1. Rodrigo da Cunha Pereira, Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social, 156.
2. Diana Corso, Socorro, Barata!

sendo reconhecido o valor econômico dos afazeres domésticos. A ela era imposta obediência ao pai e submissão ao marido.

Sempre que se fala em mulher, impositivo render homenagens ao **movimento feminista**. Apesar de ridicularizado pelos homens, enfim conseguiu o que todas as mulheres sempre ansiaram: a liberdade e a igualdade. O estudo das questões de gênero recebe o nome de **feminismo jurídico**, como um novo ramo da Filosofia do Direito, porque institutos tradicionais – entre eles, o Direito das Famílias – foram construídos sob uma perspectiva predominantemente masculina, e já nasceram tendenciosos, garantindo ao homem privilégios que as mulheres não teriam.[3]

A busca da igualdade acabou impondo reflexos no âmbito das relações familiares. Embora de modo acanhado e vagarosamente, os textos legais retratam a trajetória da mulher. Hoje, na plenitude de sua condição feminina, é parte fundante da estrutura social e passou a exercer funções relevantes para sua emancipação pessoal e profissional, para a sociedade e para a família.[4] Sua emancipação jurídica forçou o declínio da sociedade conjugal **patriarcal**. A partir do momento em que ela assumiu a condição de "sujeito de desejo", o princípio da indissolubilidade do casamento ruiu, uma vez que a histórica resignação feminina é que sustentava os casamentos.[5] Como a trajetória da família está muito ligada à emancipação feminina, não há como adentrar no mundo do direito sem antes lembrar – ainda que de forma breve – o longo calvário a que foram submetidas as mulheres na tentativa de alcançar a tão esperada igualdade. Grandes foram os avanços, mais no âmbito legal do que no plano cultural. Segundo os cálculos de Paulo Lôbo, foram necessários 462 anos para a mulher casada deixar de ser considerada **relativamente incapaz** (Estatuto da Mulher Casada – Lei 4.121/1962) e mais 26 anos para consumar a igualdade de direitos e deveres na família (Constituição de 1988).[6]

Para que o direito possa apreender a ideia de Justiça, é necessário compreender a **subjetividade feminina**. Essa foi a grande contribuição da Psicanálise para o Direito. É preciso desfazer a confusão de que a igualdade é possível sem considerar que o campo da objetividade perpassa pelas subjetividades masculina e feminina.[7] As saudáveis e naturais diferenças

---

3. Camila de Camargo Silva Venturelli, Força e fragilidade da mulher no direito:..., 260.
4. Rosana Fachin, Do parentesco e da filiação, 138.
5. Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 14.
6. Paulo Lôbo, Do poder familiar, 179.
7. Rodrigo da Cunha Pereira, Família, direitos humanos..., 160.

entre homens e mulheres precisam ser salientadas no princípio da igualdade. Implementar a igualdade não é conceder à mulher o tratamento privilegiado de que os homens sempre desfrutaram, sob pena de se reconhecer que o modelo é o masculino. É importante lançar um olhar mais detido sobre a condição da mulher para aferir se, realmente, há igualdade ou se esta é apenas **formal**. Quando a mulher fica com a guarda dos filhos e compromete suas atividades profissionais e, em certa medida, também a vida pessoal, pode estar em situação de **vulnerabilidade** em razão de uma peculiar situação que vivencia.[8]

Para pensar a cidadania, há que se substituir o discurso da **igualdade** pelo discurso da **diferença**. Homens e mulheres são diferentes, mas são iguais em direitos. Alcançada a **igualdade jurídica**, não há como afastar as diferenças. Desconhecê-las leva à eliminação das características femininas. Certas discriminações são positivas, pois, na verdade, constituem preceitos compensatórios como solução para superar as diferenças.[9]

Mesmo que o tratamento isonômico já esteja na lei, ainda é preciso percorrer um longo caminho para que a família se transforme em um espaço de igualdade. O grande desafio é compatibilizar as diferenças com o princípio da igualdade jurídica, para que não se retroceda à discriminação em razão do sexo, o que a Constituição veda.[10]

7.2. NA LEGISLAÇÃO PRETÉRITA

O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois Clóvis Beviláqua foi encarregado de elaborá-lo no ano de 1899. Retratava a sociedade da época, marcadamente **conservadora** e **patriarcal**. Assim, só podia consagrar a superioridade do homem. Sua **força física** foi transformada em **poder pessoal**, em **autoridade**. Detinha ele o comando exclusivo da família, sendo considerado o chefe da sociedade conjugal e o cabeça do casal. Por isso é que a mulher, ao casar, perdia sua plena **capacidade**, tornando-se **relativamente capaz**, tal como são considerados os indígenas, os pródigos e os menores com idade entre 16 e 18 anos. Para trabalhar, ela precisava da **autorização do marido**. A família identificava-se pelo **nome do varão**, sendo a esposa obrigada a adotar o **sobrenome** dele. O

8. Fernanda Tartuce, Processo Civil aplicado ao Direito de Família, 56.
9. Rodrigo da Cunha Pereira, A desigualdade dos gêneros..., 167.
10. Paulo Lôbo, Educação: o ensino do Direito de Família no Brasil, 333.

casamento era **indissolúvel**. O **desquite** rompia o casamento, mas não dissolvia a sociedade conjugal.

Somente o casamento constituía a **família legítima**. Os vínculos extramatrimoniais, além de não reconhecidos, eram punidos. Com o nome de **concubinato**, foram condenados à clandestinidade e à exclusão não só social, mas também jurídica. Não geravam qualquer direito. Em face da posição inferiorizada da mulher, era ela a grande prejudicada. Como o patrimônio normalmente estava em nome do homem, quando do fim do relacionamento – quer pela separação, quer pela morte do companheiro – ela nada recebia.

A condição matrimonial dos pais levava a uma cruel distinção entre os **filhos**. A prole concebida fora do casamento era alijada de qualquer direito. Nominados de naturais, espúrios, adulterinos, incestuosos, eram considerados filhos **ilegítimos** e sem direito de buscar sua identidade. Não podiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado. Só o desquite ou a morte do genitor permitia a demanda investigatória de paternidade. Os filhos eram punidos pela postura do pai, que saía premiado. Não assumia qualquer responsabilidade para com os frutos de suas aventuras amorosas. Onerada era a mãe, que acabava tendo de sustentar o filho sozinha, pagando o preço pela "desonra" de ter dado à luz um "bastardo".

O primeiro grande marco para romper a hegemonia masculina foi o chamado **Estatuto da Mulher Casada** (Lei 4.121/1962). Devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de **colaboradora** do marido na administração da sociedade conjugal. Foi reconhecido à mãe o direito de ficar com a guarda dos filhos menores no caso de ambos os cônjuges serem culpados pela separação. Porém, sua posição ainda era subalterna, pois persistia o elenco diferenciado de direitos e deveres, sempre em desfavor da mulher.[11] Não mais havia a necessidade da autorização marital para o trabalho. Foi instituído o que se chamou de **bens reservados**: o patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família.

O passo seguinte – e muito significativo – veio com a aprovação da **Lei do Divórcio** (Lei 6.515/1977), que rompeu uma resistência secular capitaneada pela Igreja Católica.[12] Em vez de regular somente a dissolução do casamento, a Lei substituiu a palavra **desquite** pela expressão **separação judicial**, mantendo

11. Paulo Lôbo, As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais..., 9.

12. Idem, ibidem.

as mesmas exigências para sua concessão. Mas houve alguns avanços em relação à mulher. Tornou facultativa a adoção pela mulher do **nome** do cônjuge. Estendeu a ele o direito de pedir **alimentos**, o que antes só era assegurado à mulher "honesta e pobre". Outra alteração significativa foi a mudança do **regime legal de bens**. No silêncio dos noivos, em vez da comunhão universal passou a vigorar o **regime da comunhão parcial de bens**.

Mas a plena libertação da mulher restou selada com o fim do instituto da **separação** (EC 66/2010), que, ao acabar com o instituto da **culpa**, livrou-a do estigma que sempre a perseguiu.

Vãs todas as tentativas feitas pelo Código de Processo Civil, e pelo STJ de ressuscitar a separação.

7.3. FRENTE À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A chamada Constituição Cidadã patrocinou a maior reforma já ocorrida no Direito das Famílias. Três eixos nortearam uma grande reviravolta. Ainda que o princípio da igualdade viesse consagrado desde a Carta Política de 1937, a atual Constituição foi além. Já no preâmbulo assegura o **direito à igualdade** e estabelece como objetivo fundamental do Estado promover o bem de todos, sem **preconceito de sexo** (CR 3.º IV). Além da igualdade de todos perante a lei (CR 5.º), pela primeira vez é enfatizada a **igualdade entre homens e mulheres**, em direitos e obrigações (CR 5.º I). De forma até repetitiva, afirma que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (CR 226 § 5.º).

Como lembra Leonardo Amaral Pinheiro da Silva, em verdade, não adianta exercer-se falsamente o ideário de que homens e mulheres são absolutamente iguais em todos os aspectos do conhecimento e do viver humanos. Obviamente diferenças existem e devem, justamente, serem ressaltadas para, daí, permitir-se uma busca legal da redução das desigualdades, possibilitando a convivência de todos sob os mesmos princípios legais.[13]

Também foi imposta a **isonomia** entre os filhos, ao ser proibida qualquer designação discriminatória relativa à filiação. Havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, todos têm os mesmos direitos e qualificações (CR 227 § 6.º).

O próprio conceito de família recebeu tratamento abrangente e igualitário (CR 226). Foi reconhecida como **entidade familiar** não só a família

13. Leonardo Amaral Pinheiro da Silva, O princípio da isonomia jurídica..., 60.

constituída pelo casamento. Neste conceito estão albergadas tanto a união estável entre o homem e a mulher como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Mesmo após a implantação da nova ordem constitucional, estabelecendo a plena igualdade entre homens, mulheres, filhos e entidades familiares, injustificadamente o legislador não adequou os dispositivos da legislação infraconstitucional que não foram recepcionados pelo novo sistema jurídico. Ainda que letra morta, mesmo não estando em vigor, pois apartados da diretriz constitucional, continuavam no ordenamento jurídico. Um dos dispositivos que mais revolta gerava – ao menos entre as mulheres – era o fato de o **defloramento** configurar **erro essencial** sobre a pessoa. Ignorando o marido tal "defeito", podia pedir a anulação do casamento (CC/1916 219 IV). Apesar de a doutrina e a jurisprudência majoritária decantarem a inconstitucionalidade desse dispositivo, decisões judiciais ainda anulavam o casamento sob esse fundamento.

Mas não era só. Mantinha o Código Civil de 1916, em elencos distintos, os direitos e **deveres do marido** (CC/1916 233 a 239) e **da mulher** (CC/1916 240 a 255). Por vedação constitucional, não se podia falar em família ilegítima, mas a lei ainda consignava que o casamento criava a **família legítima** e reconhecia como legítimos os filhos comuns (CC/1916 229). Não mais cabia a filiação ser rotulada de forma discriminatória, pois toda a adjetivação que acompanhava os filhos não mais vigorava, mas continuava na legislação infraconstitucional.

7.4. NA LEI ATUAL

O **Código Civil** ainda sacraliza a família e presume a **fidelidade da mulher**. Basta ver que os filhos da esposa são sempre filhos de seu marido (CC 1.597). A manutenção do arcaico instituto da **separação**, impondo a identificação de culpados e a implementação de prazos para a concessão do divórcio, nada mais significava do que a vã tentativa de preservação do casamento, mesmo contra a vontade dos cônjuges. Em boa hora a EC 66/2010 acabou com a separação (CR 226 § 6.º). Agora o casamento civil só pode ser dissolvido pelo divórcio. O fato de sete vezes o Código de Processo Civil fazer referência à separação e decisão isolada do STJ[14] admitir separação consensual, não ressuscitaram o instituto morto e sepultado por todos os tribunais.

14. STJ – REsp 1.247.098/MS, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14/03/2017.

Talvez o maior mérito do **Código Civil** tenha sido afastar a **terminologia discriminatória**, não só com relação à mulher, mas também com referência à família e à filiação. Mas o propósito do legislador de eliminar regras jurídicas que já não mais tinham qualquer significado, não foi de todo feliz. Alguns dispositivos de conteúdo discriminatório ainda lá se encontram.

A menos-valia da mulher resta clara ao não ser concedida qualquer credibilidade à sua palavra. Não basta a esposa ter cometido **adultério**. Ainda que **confesse** a infidelidade e negue a filiação, isso de nada serve para afastar a presunção legal da paternidade (CC 1.600). Ora, em época em que a identificação do vínculo biológico já obtém índices tão significativos por meio do exame do DNA, nada justifica tal desprestígio à mulher.

Persiste o tratamento discriminatório ao ser admitido que mulheres casadas possam escusar-se da **tutela** (CC 1.736 I). O dispositivo, que só aparentemente concede um benefício, é inconstitucional por tratar desigualmente homem e mulher, já que não é assegurada ao homem casado igual possibilidade. Essa prerrogativa traz o ranço do regime de submissão, que condicionava a vontade da mulher à vênia do marido, tanto que o simples fato de ela ser casada a autoriza a declinar do encargo.

Outras desequiparações são mais sutis, mas não menos perversas. A **redução do prazo prescricional** da obrigação alimentar de cinco para dois anos (CC 206 § 2.º) vem em desfavor da mulher. De um modo geral, é ela que fica com a guarda dos filhos e lhe cabe cobrar os alimentos, muitas vezes enfrentando a resistência dos próprios filhos, que não querem ver "o pai na cadeia". Ainda que, por ele, passariam fome. Como na origem da obrigação existe um vínculo afetivo que foi desfeito, deixando mágoas e ressentimentos, fácil é escoar o limitado prazo, antes de vencida a dificuldade de propor a ação de cobrança.

A desnecessidade de perquirição de **culpa** e a identificação de uma causa para o pedido de separação há muito vinha sendo decantada pela doutrina e dispensada pela jurisprudência. Mesmo antes da EC 66/2010. A caça de um culpado trazia maiores prejuízos à mulher, pois sempre foi bem mais restrita a **moral sexual feminina**. Aliás, sua liberdade não está totalmente assimilada, tanto que recebe uma série de qualificativos. Virtude, honestidade, seriedade, castidade e pureza são atributos que só dizem com o exercício da sexualidade feminina, ou melhor, com a abstinência sexual.

Restrição de outra ordem mostra-se injustificável: a imposição coacta do **regime de separação de bens** para quem casar a partir dos 70 anos de idade (CC 1.641 II). O motivo é evitar que idosos sejam alvo do "golpe do

baú". Pelo jeito, tanto homens quanto mulheres, além de não terem a possibilidade de despertar o amor sincero de alguém, perdem o discernimento e, por isso, o Estado resolve tutelá-los. Ainda que possam livremente dispor de seu patrimônio, paradoxalmente, se resolverem casar, o casamento não autoriza envolvimento de ordem patrimonial.

Nada justifica a mantença dessa *capitis deminutio*, que gera **presunção de incapacidade**, sem atentar para o fato de que vem aumentando a longevidade e a qualidade de vida das pessoas. A regra denota preconceito contra a chamada "melhor idade", o que é vedado pelo **Estatuto do Idoso**. A limitação, exclusivamente para a escolha do regime de bens, é desarrazoada, não se conseguindo identificar o que ou quem a lei pretende preservar. O patrimônio que construiu? A herança dos filhos? Se visa a proteger o idoso, protege o homem, pois é ele que, com 70 anos de idade, tem muito mais chance de casar do que uma mulher sexagenária. Assim, se a lei protege o noivo idoso, desprotege sua "jovem" pretendente.

Outro questionamento diz respeito ao não reconhecimento do **concubinato** como união estável (CC 1.727). Acabou o Código Civil por ressuscitar a expressão concubinato, que havia sido sepultada pela Lei do Divórcio. Ao se vetar a possibilidade de reconhecimento a essas entidades familiares, se está subtraindo efeitos patrimoniais a um vínculo que – com ou sem o respaldo social ou legal – existe nítida tentativa de negar proteção legal às **uniões simultâneas**, chamadas de concubinato adulterino, impuro, de má-fé e até de "concubinagem".

Cabe perguntar: quem mantém uniões simultâneas? Não é um comportamento exclusivamente masculino? Não é o homem que trai? Assim, quem afrontou o dogma da monogamia cometeu adultério e deixou de cumprir o dever de fidelidade? Ora, injustificável que seja beneficiado aquele que mantém duplo vínculo afetivo. Questiona-se somente a ele a intenção de **constituir família**. Presume-se que o fato de manter duas entidades familiares significa que não quis formar família com uma ou com nenhuma das mulheres. Assim, o homem se livra de um dos relacionamentos sem qualquer responsabilidade. E o prejuízo é sempre da mulher. O que parece ser um castigo é um privilégio que só beneficia o parceiro adúltero, que não divide o patrimônio amealhado com a colaboração da mulher nem lhe presta alimentos.

Transformar a mulher em **excludente da criminalidade** era algo denominado, no mínimo, de odioso. Ainda bem que a Lei 11.106/2005 eliminou os incs. VII e VIII do art. 107 do **Código Penal**, que previam o casamento da vítima com o réu como causa de extinção da punibilidade.

Com isso, restou derrogada a possibilidade de permitir o casamento de uma adolescente para evitar imposição de pena criminal. Isso significava nada mais do que a **descriminalização do estupro**, absolvendo-se o estuprador se ele casasse com a vítima, mesmo que fosse ela menor de idade.

Agora não mais existe a possibilidade de ser autorizado o casamento de quem ainda não atingiu a idade de 16 anos, mesmo em caso de gravidez (CC 1.520).

Os crimes que equivocadamente eram nominados de "contra os costumes" em boa hora passaram a ser chamados de "**crimes contra a dignidade sexual**". Quem obriga alguém – homem ou mulher – a manter relação sexual não desejada pratica o crime de **estupro** (CP 213). Também os outros crimes contra a liberdade sexual configuram **violência sexual**: violação sexual mediante fraude (CP 215); assédio sexual (CP 216-A), crime sexual contra vulneráveis (CP 218), importunação sexual (art. 215-A), o registro não autorizado da intimidade sexual (art. 216-B) e o estupro de vulneráveis (art. 217-A).

Os delitos cometidos contra pessoas de identidade feminina, no âmbito das relações domésticas, familiares ou de afeto, constituem **violência doméstica** (Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006). Com o advento da lei é que se atentou à situação de absoluta vulnerabilidade das mulheres no âmbito do seu lar doce lar. De maneira muito mais frequente do que se imaginava, as mulheres dormem com inimigos.

Mas elas não são vítimas somente da violência física, sexual, psicológica, moral ou patrimonial. É terrível o número de mortes de mulheres levadas a efeito por seus pares ou ex-parceiros. Tal ensejou a criação de mais um tipo penal: o **feminicídio**. É o assassinato de mulheres em função do gênero. A Lei 13.104/2015 alterou o Código Penal instituindo uma **qualificadora do homicídio**, cuja pena é de 12 a 30 anos de reclusão (CP 121 VI). A pena do feminicídio se sujeita à majoração de um terço até a metade se o crime foi praticado em descumprimento de medida protetiva de urgência (CP 121 § 7º IV).

O feminicídio foi reconhecido como **crime hediondo** (Lei 8.072/1990, 1º I): é **inafiançável**, sendo a pena cumprida inicialmente em **regime fechado**.

Pouco a pouco vem o legislador atentando à necessidade de assegurar proteção diferenciada à mulher. Um belo exemplo é a previsão constante do programa habitacional denominado **Minha Casa Minha Vida**. Além de determinar que os contratos e registros sejam formalizados preferen-

temente em nome da mulher,[15] prevê que, nas hipóteses de dissolução da união estável ou divórcio, o imóvel será a ela transferido. O título de propriedade somente será atribuído ao homem se ele restar com a guarda exclusiva dos filhos.[16]

Outro exemplo é o chamado **usucapião familiar** (CC 1.240-A), que dispõe de caráter protetivo a favor de quem é abandonado e permanece residindo no lar conjugal. Esta é uma realidade eminentemente feminina e a mulher acaba por se tornar proprietária exclusiva do bem comum.

Na busca de assegurar a tão almejada igualdade, foi assegurado também à mãe o encargo de proceder ao **registro de nascimento** do filho, deixando de ser uma ação complementar quando o pai não procedesse ao registro.[17]

Na contramão de tudo o que vem sendo construído na busca da igualdade de gênero, o **Código de Processo Civil**, de forma simplista e irresponsável, acabou com o chamado **foro privilegiado da mulher**, significativo instrumento de proteção a quem ainda desfruta de posição de vulnerabilidade no âmbito das relações de família. Para as ações de divórcio, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução da união estável, o foro competente é:

- o domicílio do guardião de filho incapaz;
- o último domicílio do casal;
- o domicílio do réu (CPC 53 I); ou
- o domicílio da vítima de violência doméstica (LMP 14-A).

Parece que o legislador se olvidou dos elevadíssimos índices da violência doméstica que impõem, muitas vezes, que a mulher se afaste do lar para garantir sua integridade física e a vida dos filhos.

A sorte é que o movimento feminista continua ativo e, ainda que vagarosamente, vem obtendo alguns ganhos. A Lei Maria da Penha,[18] de combate à **violência doméstica**, e a concessão de **alimentos gravídicos**[19] são belos exemplos.

---

15. Lei 11.977/2009, art. 35.
16. Lei 11.977/2009, art. 35-A.
17. Lei 6.015/1973, art. 52 § 1º.
18. Lei 11.340/2016.
19. Lei 11.804/2008.

7.5. NO JUDICIÁRIO

Emergiram novos valores sociais referentes à dignidade feminina e à sua autonomia, liberdade e privacidade na área da sexualidade. Mas ainda é forte a resistência para reconhecer os novos papéis desempenhados pela mulher. Basta atentar que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e o Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), entre outros ainda identificam seus membros pelo masculino, como se este fosse um gênero neutro a albergar os dois sexos. Não é mais, se é que um dia foi. Tanto que o IBDFAM oficiou a estas e outras instituições solicitando a alteração de seus nome. Por incrível que pareça, existem resistências, o que só pode ser chamado de machismo institucional.

A influência de padrões discriminatórios contra as mulheres conduz a posturas judiciárias que maximizam sua vitimação, porquanto nem sempre lhes é assegurada privacidade no momento em que prestam suas declarações; são ouvidas repetidas vezes e sua vida pessoal (personalidade, hábitos, comportamento etc.) é submetida ao escrutínio forense; devem aguardar por longos períodos de tempo até seus casos receberem a devida atenção judicial e costumam não ser informadas sobre a tramitação dos processos em geral.[20]

Apesar do número significativo de magistradas, o Poder Judiciário ainda é uma instituição sexista e conservadora. Nos processos envolvendo relações familiares é onde mais se vê que os avanços legislativos ocorridos nos últimos tempos não alteraram o discurso dos juízes. Exige-se da mulher uma atitude de recato, sendo colocada em situação de dependência. Persiste nos julgados tendência eminentemente protecionista, o que dispõe de dupla moral. Nas decisões judiciais, aparecem com extrema frequência termos como inocência da mulher, conduta desregrada, perversidade, comportamento extravagante, vida dissoluta, situação moralmente irregular, expressões que contêm forte carga ideológica.[21] A igualdade formal decantada enfaticamente na Constituição não bastou, por si só, para alcançar a absoluta equivalência social e jurídica entre homens e mulheres.

7.6. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Para dar cumprimento ao comando constitucional que impõe a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares (CR 226 § 8.º), a chamada Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) criou mecanis-

20. Chimelly Louise de Resenes Marcon, Já que viver é [ser e] ser livre..., 225.

21. Silvia Pimentel *et al*, A figura/personagem mulher em processos de família, 20.

mos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, visando assegurar sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial.

Acabou o calvário da vítima que, depois de registrar a ocorrência na polícia, precisava constituir advogado ou procurar a Defensoria para buscar medidas que lhe dessem segurança. Mas as vantagens não são somente essas. A vítima deve estar sempre acompanhada de **advogado** (LMP 27), tanto na fase policial como na judicial, garantido o acesso aos serviços da Defensoria Pública e à Assistência Judiciária Gratuita (LMP 18 II). Não pode ser ela a portadora da notificação ao agressor (LMP 21 parágrafo único), sendo pessoalmente cientificada quando ele for preso ou libertado, sem prejuízo da intimação de seu procurador (LMP 21).

Foi devolvida à **polícia judiciária** a prerrogativa investigatória (LMP 10). O registro da ocorrência desencadeia um leque de providências: a autoridade policial garante proteção à vítima, a encaminha ao hospital, fornece transporte para lugar seguro e a acompanha para retirar seus pertences do local da ocorrência (LMP 11). Também registra a ocorrência, toma por termo a representação (LMP 12 I). Em 48 horas, encaminha a juízo o pedido de **medidas protetivas de urgência** (LMP 12 III). Verificada a existência de risco atual ou iminente à vítima, nos locais que não são sede de comarca, o agressor pode ser afastado do lar pela **autoridade policial** civil ou militar (LMP 12-C). A providência deve ser comunicada ao juiz no prazo de 24 horas.

Além de instaurar o inquérito (LMP 12 VII), compete ao delegado colher o depoimento do agressor e das testemunhas (LMP 12 V). Feita a identificação criminal (LMP 12 VI), o inquérito policial deve ser encaminhado à justiça no prazo de 30 dias (CPP 10).

O juiz não está adstrito a aplicar somente as medidas requeridas pela vítima (LMP 12 III, 18, 19 e § 3.º) ou pelo Ministério Público (LMP 19 e § 3.º). Tem a faculdade de agir de ofício (LMP 20, 22 § 4.º, 23 e 24). Assim, pode determinar o afastamento do agressor (LMP 22 II) e a recondução da ofendida e seus dependentes ao lar (LMP 23 II); impedir que ele se aproxime da casa; impor limite mínimo de distância; vedar que se comunique com a família; suspender visitas; encaminhar a mulher e os filhos a abrigos seguros; fixar alimentos provisórios (LMP 22 V). Pode adotar medidas outras, como determinar a restituição de bens indevidamente subtraídos da vítima, suspender procuração por ela outorgada ao agressor e proibir temporariamente a venda ou locação de bens comuns (LMP 24). Para garantir a efetividade do adimplemento das medidas aplicadas, pode requisitar, a qualquer momento, o auxílio da força policial (LMP 22 § 3.º).

Foi criada mais uma hipótese de **prisão preventiva** (CPP 313 III), que pode ser decretada por iniciativa do juiz, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial (LMP 20).

Certamente, a medida protetiva mais eficaz que o juiz pode determinar é obrigar o agressor a comparecer aos chamados **grupos reflexivos de gênero** (LMP 45): o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação. Apesar de a previsão ter sido inserida na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), nada impede sua aplicação liminar, como **medida protetiva**, cujo descumprimento leva à decretação da prisão preventiva.

Quando a vítima for **servidora pública**, tem acesso prioritário à remoção ou, se trabalhar na iniciativa privada, lhe é assegurada a manutenção do vínculo empregatício, por até seis meses, se for necessário seu afastamento do local de trabalho (LMP 9 § 2.º). A participação do **Ministério Público** é indispensável. Tem legitimidade para agir como parte, intervindo nas demais ações, tanto cíveis como criminais (LMP 25). Como é intimado das medidas que foram aplicadas (LMP 22 § 1.º), pode requerer a aplicação de outras (LMP 19) ou sua substituição (LMP 19 § 3.º). Quando a vítima manifestar interesse em desistir da representação, deve o promotor estar presente na audiência (LMP 16). Também lhe é facultado requerer o decreto da prisão preventiva do agressor (LMP 20). No entanto, ainda não foi implementada a atribuição do Ministério Público na defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos na lei (LMP 37).

Mesmo que tenha sido atribuída aos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança a instituição de um sistema nacional de dados e informações estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher (LMP 38), o Ministério Público deve manter cadastro similar (LMP 26 III), registro que não se confunde com os antecedentes judiciais. A medida é salutar. Trata-se de providência que permitiria detectar a reincidência para garantir a integridade da vítima.

Certamente o maior de todos os avanços foi a criação dos **Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher** (JVDFM), com competência cível e criminal (LMP 14). Para a plena aplicação da lei, o ideal seria que todas as comarcas instalassem um JVDFM. O juiz, o promotor, o defensor e os servidores devem ser **capacitados** para atuar nesses juizados, que precisam contar com equipe de atendimento multidisciplinar, integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (LMP 29), além de curadorias e serviço de assistência judiciária (LMP 34). Claro que, diante da realidade brasileira, houve o imediato funcionamento destes juizados em todos os cantos do País, até porque,

de modo injustificado, não foi sequer imposta a sua criação ou definidos prazos para sua instalação. O Conselho Nacional de Justiça expediu recomendação aos Tribunais de Justiça para que procedam à implantação dos JVDFM.[22]

Outra mudança substancial: o afastamento da violência doméstica do âmbito dos **Juizados Especiais** (LMP 41). A alteração de competência justifica-se. Ainda que a Constituição tenha assegurado algumas benesses aos delitos de menor potencial ofensivo (CR 98 I), foi delegado à legislação infraconstitucional definir os crimes que assim devem ser considerados. Foi o que fez a Lei 9.099/1995, elegendo como de menor lesividade a lesão corporal leve e a lesão culposa, sem, no entanto, dar nova redação ao Código Penal (Lei 9.099/1995 88). Ainda que a Lei Maria da Penha tenha subtraído de sua égide a violência doméstica, expressamente é determinado que a autoridade policial tome a termo a representação (LMP 12 I), só sendo admitida a desistência da representação perante o juiz e o Ministério Público (LMP 16).

Enquanto não ocorre a instalação dos JVDFMs, as demandas são encaminhadas às **varas criminais** (LMP 33), mesmo que a maioria das providências a serem tomadas seja no âmbito do Direito das Famílias. Como é garantido o direito de preferência (LMP 33 parágrafo único), indispensável é a imediata criação dos juizados especializados, pois nas varas criminais tramitam as ações de réu preso, o que coloca o juiz em delicada situação, por ter que decidir ao que dar prioridade.

Cabe atentar que cada denúncia de violência doméstica pode gerar **duas demandas**: o expediente encaminhado pela autoridade policial para a adoção de medidas protetivas de urgência (LMP 12 III) e o inquérito policial (LMP 12 VII), os quais são enviados a juízo em momentos diferentes.

Independentemente de conceder ou não a tutela de urgência, o magistrado deve designar **audiência**. Essa providência, ainda que não prevista na lei, dá segurança à vítima. Ao depois, os provimentos adotados envolvem questões de Direito das Famílias. A finalidade não é induzir a vítima a desistir da representação nem forçar a reconciliação do casal. Somente nos crimes de ação penal pública condicionada, pode a vítima renunciar à representação (LMP 16). Os delitos de lesão corporal não admitem retratação, sendo a ação penal **pública incondicionada.**[23]

22. CNJ – Recomendação 09/2007.

23. STJ – Súmula 542: A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.

Na audiência, presente o Ministério Público (LMP 25), tanto a vítima (LMP 27) como o agressor devem estar assistidos por advogado. Deve o juiz tentar solver consensualmente temas como a guarda dos filhos, o regime de convivência, a definição dos alimentos etc. O acordo homologado pelo juiz constitui **título executivo judicial** (CPC 515 II). A transação não significa renúncia à representação (LMP 16) e tampouco obstáculo ao prosseguimento do inquérito policial. Sem êxito a tentativa conciliatória, permanece hígido o decidido em sede liminar. Em qualquer hipótese deve a vítima, se não estiver acompanhada de procurador, ser encaminhada à Defensoria Pública.

Realizado ou não acordo, nada obstaculiza o andamento do inquérito policial, a ser distribuído ao mesmo juízo que apreciou o procedimento cautelar.

Não incidindo a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995 89), não há falar em suspensão condicional do processo,[24] composição de danos ou aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (72). Aliás, foi para dar ênfase a essa vedação que a lei acabou expressamente por vetar a aplicação de penas de pagamento de **cesta básica** ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique no pagamento isolado de multa (LMP 17). Igualmente, não dá mais para o Ministério Público propor transação penal ou a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa (76).

O último dispositivo da lei é dos mais salutares. Permitir que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor a **programas de recuperação e reeducação** (LMP 45; LEP 152 parágrafo único). Tal obrigação pode ser imposta como medida protetiva. Mas para isso é necessário que tais espaços existam. Apesar de ser concorrente a competência da União, dos Estados e dos Municípios para a estruturação desses serviços, a serem prestados por profissionais das áreas psicossociais (LMP 35), sua implementação é difícil. Mais uma vez é chamada a sociedade para suprir as falhas do Estado. Necessário assim que universidades, organizações não governamentais, serviços voluntários se disponham a concretizar esta que é a mais eficaz arma para coibir a violência doméstica: gerar no agressor a consciência de que ele não é o proprietário da mulher, não pode dispor de seu corpo e muito menos de sua vida. Não pode comprometer impunemente sua integridade física, higidez psicológica e liberdade sexual.

Importante o papel desempenhado pelo Conselho Nacional de Justiça que incansavelmente tem baixado resoluções, provimentos, portarias e fazendo recomendações.

---

24. STJ – Súmula 536: A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

LEITURA COMPLEMENTAR

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006:* Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça.* 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FACHIN, Luiz Edson; Fachin, Rosana Amara Girardi. Igualdade e diferença na constitucionalidade da Lei Maria da Penha. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das Famílias*: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 341-342.

MENDES, Maria Goretti Soares. *O direito de não ser mãe.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

RAINE, Adrian. *A anatomia da violência:* as raízes biológicas da criminalidade. Trad. RITOMY, Maiza. Porto Alegre: Artmed, 2015.

RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *Dano psíquico como crime de lesão corporal na violência doméstica.* Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. *O princípio da isonomia jurídica entre homens e mulheres como limitação ao poder de reforma constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

8

NOME

Sumário: 8.1. Tentativa conceitual – **8.2.** Composição – **8.3.** Nomes da família – **8.4.** O nome da mulher casada – **8.5.** Casamento – **8.6.** União estável – **8.7.** Divórcio – **8.8.** Anulação do casamento – **8.9.** Nome do homem – **8.10.** Reintegração do nome – **8.11.** Viuvez – **8.12.** Nome dos filhos: **8.12.1.** Casamento dos pais; **8.12.2.** Divórcio dos pais; **8.12.3.** Adoção – **8.13.** Multiparentalidade – **8.14.** Declaração de parentalidade – **8.15.** Inclusão do nome do padrasto – **8.16.** Reprodução assistida – **8.17.** Transgêneros: **8.17.1.** Nome social – **8.18.** Intersexuais – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.565 § 1.º, 1.578; Lei 8.560/92 3.º parágrafo único; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP) 50 a 66; Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) 47 § 5.º; Lei 11.924/2009 e Lei 12.100/09; Lei 9.807/1999 (Lei de Proteção à Testemunha) 9.º; Lei 12.662/2012 (Declaração de Nascido Vivo); Dec. 8.727/1916; CNJ e CNMP – Resolução Conjunta 03/2012, (assento de nascimento de indígena); OAB – Resolução 07/2016; CNJ – Provimentos 52/2016, 63/2017, 73/2018, 82/2019 e 83/2019.

8.1. TENTATIVA CONCEITUAL

O nome individualiza as pessoas, distingue-as durante a vida e é um elemento da personalidade que sobrevive à **morte.**[1] Os **direitos de personalidade** constituem direitos inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los

1. Maria Celina Bodin de Moraes, Sobre o nome da pessoa humana, 59.

e sancioná-los, dotando-os de proteção própria.[2] São direitos indisponíveis, inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*.[3] O nome é um dos direitos mais essenciais da personalidade[4] e goza de todas essas prerrogativas. À luz da psicanálise, o nome retrata não só a identidade social, mas, principalmente, a subjetiva, permitindo que a pessoa se reconheça enquanto sujeito e se identifique jurídica e socialmente.[5] Trata-se de um bem jurídico que tutela a intimidade e permite a individualização da pessoa, merecendo a proteção do ordenamento jurídico de forma ampla.[6] Assim, o nome dispõe de um valor que se insere no conceito de **dignidade da pessoa humana** (CR 1.º III).

A Lei que rege os registros públicos data do ano de 1973 (Lei 6.015). Apesar de todos os remendos a que foi submetida, não adianta, continua sendo uma lei que não atende à realidade dos dias atuais

As pessoas precisam ser registradas junto ao Registro Civil do local onde nasceram (LRP 50). Adquire-se o direito ao nome **antes de nascer**.

Ocorrendo o nascimento sem vida, ainda assim é necessário o registro do **natimorto** no livro "C Auxiliar" (LRP 53). No entanto, como enfatiza Jones Figuerêdo, não lhe é dado alcançar o direito personalíssimo ao nome e sobrenome. Há um luto social diante do natimorto, filho dos pais que não o tiveram e cidadão que a sociedade não o recebeu. Mães de mãos vazias e parturientes de parto inútil compõem uma realidade de vida que não pode ser despercebida pelo direito.[7] Daí, na qualidade de Corregedor de Justiça, expediu provimento determinando a inclusão do nome no registro do natimorto.[8]

Todos têm direito a um nome. Não só ao próprio nome, mas, também, à identificação de sua origem familiar. O nome dos pais e dos ancestrais comprova que a pessoa está inserida em um grupo familiar. O patronímico pertence à entidade familiar e identifica os vínculos de parentesco.[9]

Os membros de uma família têm um nome que os identifica como seus integrantes e revela a **ascendência familiar**. Quem nasce dentro de

2. Carlos Alberto Bittar, Os direitos da personalidade, 7.
3. Caio Mário da Silva Pereira, Reconhecimento de paternidade e seus efeitos, 144.
4. Maria Celina Bodin de Moraes, Sobre o nome da pessoa humana, 39.
5. Rodrigo da Cunha Pereira, Divórcio, 87.
6. Silmara Juny Chinellato, Do nome da mulher casada, 66.
7. Jones Figuerêdo Alves, Identidade do natimorto em dignidade do seu óbito.
8. CGJ-PE – Provimento 12.2014.
9. Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós no direito de família:..., 43.

uma família constituída pelo **casamento** recebe também uma denominação referente aos vínculos de parentesco que marcam sua posição dentro da família. Com o casamento, os cônjuges passam à condição de marido e mulher. Os pais de cada um transformam-se em sogro e sogra do outro cônjuge e este, em nora e genro. Todos os demais parentes também dispõem de nomenclatura própria que os situa dentro do universo familiar. As expressões tios, sobrinhos, primos, cunhados sinalizam o lugar que cada qual ocupa no seio de sua família.

Existe toda uma proteção à **imutabilidade** do nome, visando preservar a **segurança das relações sociais**. Por isso há severas resistências em admitir alterações do nome ou do sobrenome. Somente a correção de **erros** é que pode ser levada a efeito pela via administrativa (LRP 110). No entanto, há uma tendência em relativizar o princípio da imutabilidade.[10] É possível a mudança se o registro foi feito pelo pai em desacordo com a vontade da mãe,[11] bem como para a identificação da ancestralidade.[12]

---

10. Recurso especial. Ação de alteração de prenome. Necessidade de mitigação do princípio da imutabilidade dos registros civis. Excepcionalidade e motivação comprovadas. Exposição ao ridículo. Manifestação favorável do Ministério Público. Recurso especial provido. 1. À luz do disposto nos artigos 55, 57 e 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social da alteração, o que reclama, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público. 2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, "Nos termos do que proclama o art. 58 da Lei de Registros Públicos, a regra no ordenamento jurídico é a imutabilidade do prenome. Todavia, sendo o nome civil um direito da personalidade, por se tratar de elemento que designa o indivíduo e o identifica perante a sociedade, revela-se possível, nas hipóteses previstas em lei, bem como em determinados casos admitidos pela jurisprudência, a modificação do prenome." [...] (STJ - REsp 1.422.601/MT (2013/0062758-5), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26/04/2019).
11. Registro civil. Mudança de nome. Em virtude da ausência de dispositivo legal para situações em que o pai registra o filho com nome diverso daquele combinado com a mãe, cabe ao magistrado construir uma resposta jurisdicional que se harmonize com os valores constitucionalmente prestigiados, o que foi feito com brilhantismo pelo juízo *a quo*. Os genitores do autor-apelante estão de acordo com o pleito de retificação do nome. A alteração não trará prejuízo a terceiros. Mantida, pois, a sentença de procedência. Recurso não provido. (TJSP – AC 9090065-73.2009.8.26.0000, 10.ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Roberto Maia, j. 11/02/2014).
12. Retificação de registro civil. Preservação da descendência e individualização da linhagem paterna. Possibilidade de acréscimo. Recurso provido. I – A Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) prevê em seu artigo 57 a possibilidade de alteração posterior do nome, após ouvido o Ministério Público. II – É possível a retificação de registro civil para acrescentar os demais patronímicos da linhagem paterna ao nome, a fim

O prenome é definitivo. Pretendendo alguém **mudá-lo**, só pode fazê-lo no período de **um ano** após ter atingido a **maioridade** (LRP 56). Assim, do dia que fizer 18 anos até completar 19 anos, qualquer um pode pedir a alteração. Tratando-se de **direito potestativo**, não sendo necessário justificar o pedido.[13] A exceção à regra da imutabilidade justifica-se, pois a pessoa não participou da escolha do próprio nome. Assim, no limiar da plena capacidade, a **alteração** não gera maiores transtornos pessoais ou sociais. O prazo, por sua exiguidade, vem sendo flexibilizado pela Justiça, invocando o princípio constitucional da dignidade da pessoa. De todo descabido alguém manter o nome que lhe causa desconforto. No entanto, para obter a mudança depois de ultrapassado o limite da idade, é imperioso motivar o pedido.

A substituição do nome cabe em três hipóteses:

- por **apelido público notório**;[14]
- em razão de **coação ou ameaça** decorrente de colaboração na apuração de crime (LRP 58);
- pela Lei de Proteção à Testemunha.[15]

A **retificação** do registro civil somente é possível quando restar demonstrada a existência de erro ou equívoco, o que pode ser levado a efeito administrativamente (LRP 59 parágrafo único e 111).

---

de preservar e melhor identificar os apelidos de família e com respeito à estirpe. [...] Possibilidade de acréscimo. Recurso provido. (TJES – AC 00150188820188080048, 4ª C. Civ., Rel. Robson Luiz Albanez, j. 01/07/2019).

13. Registro civil. Mudança de nome. Autora que solicitou a alteração no primeiro ano após a maioridade civil. Aplicação do disposto no art. 56 da LRP. Desnecessidade de motivação. Alteração potestativa. Recurso provido. O art. 56 da Lei de Registros Públicos permite a alteração do nome no primeiro ano após atingida a maioridade civil. Trata-se de direito potestativo que enfrenta como única restrição a hipótese de prejuízo ao nome de família. (TJSP – AC 1002536-93.2019.8.26.0068, 10ª C. Dir. Priv., Rel. Ronnie Herbert Barros Soares, j. 27/03/2020).

14. Retificação de registro civil. Pedido de alteração do seu segundo nome. Possibilidade. Apelante que não se identifica com o nome constante em seu registro civil. Inexistência de prejuízo a terceiros. Alteração da sentença. Como já decidiu o STJ, o princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro, sendo possível a alteração do nome civil nas hipóteses previstas nos artigos 56 e 57 da lei de registros públicos. Caso em que presente justo motivo para o acolhimento do pedido de alteração, pois a apelante comprovou que não se identifica com o seu nome, a. M., já que desde logo após o seu nascimento é chamada por a. S., o que lhe causa constrangimentos. Apelação provida. (TJRS – AC 5000040-27.2018.8.21.0026, 8ª C. Cív., Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 08/10/2020).

15. Lei 9.807/1999, 9.º.

Nas demais hipóteses, depende de autorização judicial, ocorrendo apenas a **averbação** da alteração.

8.2. COMPOSIÇÃO

O nome da pessoa tem dois elementos. A expressão **nome** tem um significado genérico, e compreende tanto o **prenome** como o **sobrenome**. Comumente se chama de nome, o prenome. Sobrenome é o elemento do nome que identifica a estirpe familiar. **Patronímico** é o nome do pai. **Apelido de família** também se refere à ascendência masculina.

É indispensável o **registro** do recém-nascido no prazo de 15 dias de seu nascimento (LRP 50), a ser levado a efeito pelo pai ou pela mãe, juntos ou isoladamente (LRP 52 § 1.º). De modo geral, o nome é composto por prenome, sobrenome da mãe e patronímico do pai, a evidenciar a ascendência materna e paterna. Quando do registro de nascimento do filho, costuma-se inserir primeiro o sobrenome **materno** e depois o **paterno**. Por pura tradição, fruto da cultura marcadamente patriarcal.[16] É amplamente aceito proceder ao registro somente com o sobrenome paterno, excluindo a ascendência materna. É cabível a inserção do sobrenome materno depois do paterno, possibilidade que não encontra óbice legal e atende ao princípio da igualdade.[17] No assento de nascimento, é indicado o nome dos pais e dos avós maternos e paternos (LRP 54). A **adoção por homossexuais**, o reconhecimento da **multiparentalidade** e a indissolúvel utilização das técnicas de reprodução assistida levaram o CNJ[18] a impor novo modelo de registro sem referência a pai ou mãe, consignando-se simplesmente o nome dos genitores e dos avós.

8.3. NOMES DA FAMÍLIA

No modelo tradicional, **família** era a união de um homem e uma mulher com o fim precípuo de perpetuar a espécie. Nessa constelação familiar, todos

---

16. Arnaldo Rizzardo, Direito de Família, 421.

17. Retificação de registro civil. Mudança na ordem dos apelidos de família. Possibilidade. [...] 2. A Lei de Registros Públicos não traz determinação na ordenação dos sobrenomes, seja por ocasião do registro, seja por posterior retificação. 3. Há liberdade dos indivíduos na formação dos nomes, desde que haja a preservação dos apelidos de família, o que ocorre no caso em tela. Precedentes. 4. Apelação provida. (TJAC – AC 07009263420178010003, 1ª C. Cív., Rel. Luís Camolez, j. 05/08/2019).

18. CNJ – Provimento 82/2019.

dispõem de um nome que identifica o lugar de cada um. O **casamento** constitui a família formada pelo **marido** e pela **mulher**, que geram **filhos**. Integram o conceito de família as relações de parentesco natural: **avós**, **irmãos**, **tios**, **sobrinhos**, **primos**, **netos** etc. O casamento gera novas relações de parentesco, havendo toda uma terminologia própria para identificar o **parentesco civil**, universo que compreende **sogros**, **genros**, **noras**, **cunhados** etc.

No contexto dos dias de hoje, em que a família se tornou plural, e o casamento não mais serve para o reconhecimento da entidade familiar, não se pode mais pensar a família no singular.[19] Assim, imperiosa é a busca de uma nova terminologia em face do pluralismo de formatos que a família assumiu.

A Constituição da República, ao emprestar juridicidade ao afeto, redimensionou o conceito de família, que passou a ter perfil multifacetário. Por esse prisma é que hoje se deve ver a família e buscar não só um novo conceito para defini-la, mas uma **nomenclatura** que identifique os seus integrantes. Não bastam os vocábulos disponíveis para diferenciar o par formado por quem é egresso de relacionamentos anteriores. Waldyr Grisard diz que chamar essa nova família só de **família** supõe uma conduta de ocultamento da realidade sem identificar as especificidades tanto sociais e afetivas como jurídicas dos novos vínculos.[20]

O fato é que não dispõe a língua portuguesa de uma palavra que permita ao filho identificar quem é, por exemplo, o companheiro da mãe. Ninguém sabe como chamar o filho da mulher do pai. Também não há um vocábulo que permita distinguir o filho comum diante dos filhos de cada um do par, frutos de relacionamentos anteriores. Claro que os termos **madrasta**, **padrasto**, **enteado**, assim como as expressões filho da companheira do pai, ou filha do convivente da mãe e **meio-irmão** não servem. Trazem forte carga de negatividade, resquício da intolerância social.

É chegada a hora de se encontrar uma **nova terminologia** para as famílias pluriparentais, chamadas por muitos de famílias **mosaico**, **reconstituídas**, **recompostas** ou **reconstruídas**. Como geram entre seus membros um vínculo de afinidade, a sugestão de Waldyr Grisard é acrescentar a palavra **afim**, portanto, **pai afim**, **mãe afim** e até **filho afim**.[21] Difícil aceitar tal composição que não se reveste de sonoridade.

---

19. Rodrigo da Cunha Pereira, Concubinato e união estável, 42.
20. Waldyr Grisard Filho, Famílias reconstituídas..., 660.
21. Idem, 661.

Os relacionamentos que florescem exclusivamente na trilha do companheirismo e do comprometimento mútuo merecem um nome que retrate o vínculo de afeto que os enlaça. Como o termo **casamento** é reservado a quem contrai *justas núpcias*, para usar a expressão de Clóvis Beviláqua,[22] outros nomes precisam ser cunhados para identificar as famílias não constituídas pelos "sagrados laços do matrimônio". As palavras **amigado**, **amasiado** ou **concubino** pertencem ao passado, pois faziam referência às relações espúrias ou pecaminosas. Dessa forma, persiste o desafio de encontrar nomes que identifiquem as relações em que o casamento não é o elemento essencial para definir a família e a verdade biológica não serve mais como fator exclusivo para determinar os laços de parentesco.

A Constituição acabou se curvando à realidade da vida e enlaçou, no âmbito de proteção do Estado, todas as entidades familiares. Chamou de **união estável** a relação não matrimonial entre um homem e uma mulher para afastar o estigma do termo **concubinato**. Só que dita locução não serve para a identificação dos partícipes dessa nova entidade familiar. O Código Civil aleatoriamente fala em **companheiro** e **convivente**, fazendo uso também da expressão **concubino**. Mas nenhuma dessas denominações tem aceitação social, e, conforme bem lembra Rodrigo da Cunha Pereira, a nomeação dos sujeitos de uma relação concubinária será aquela que o costume consagrar.[23]

Além de **dificuldades sociais**, problemas de outra ordem surgem em decorrência da falta de uma terminologia adequada para as novas estruturas de convívio elencadas em sede constitucional como merecedoras de especial proteção. A partir do momento em que um relacionamento passa a gerar **sequelas patrimoniais**, com reflexos sobre terceiros, imperiosa a sua perfeita identificação, até para emprestar **segurança às relações jurídicas**. Não é somente o casamento que impõe alterações quanto à titularidade dos bens. Também a união estável, ao provocar a comunicabilidade dos bens adquiridos em sua constância, altera o **estado civil** dos... como se diria, concubinos, companheiros, conviventes, parceiros? Enfim, do par. Assim, quem mantém união estável não pode dizer que é **solteiro** ou **viúvo**, tampouco cabe se identificar como **casado**. Igualmente não é possível se qualificar como **separado** ou **divorciado**, pois não mais é essa sua condição de vida.

Solteiros, separados, divorciados ou viúvos são pessoas que vivem sós, e donos exclusivos do seu patrimônio. Dele podem dispor livremente. Quem mantém convivência duradoura, pública e contínua com outrem constitui

22. Clóvis Beviláqua, Código Civil comentado, 327.
23. Rodrigo da Cunha Pereira, Concubinato e união estável, 69.

uma família e precisa se identificar e ser identificado como integrante de uma nova verdade social e jurídica. Porém, em face da ausência de um nome que identifique o novo estado civil, continuam os integrantes dessas novas famílias se qualificando como solteiros, divorciados ou viúvos. Adquirem bens e os alienam de forma singular, ainda que mantenham uniões estáveis. Como não há obrigação legal de revelarem o **vínculo de convivência**, é grave a ameaça à ordem econômica, pondo em perigo a higidez da transação levada a efeito, com a possibilidade de severos prejuízos ou a terceiros ou ao companheiro. Imprescindível, portanto, encontrar nomes para essas novas famílias que não nascem, como o casamento, de um ato que as formalize. São relacionamentos que surgem do afeto, impondo que se procure novas palavras que assinalem a origem e a natureza desses vínculos carentes de denominação. Ainda que nomes não tenham **efeito mágico**, quem sabe, a partir do momento em que se assinale a natureza afetiva dos vínculos familiares, as pessoas se amem mais e vivam suas relações com a cumplicidade, o companheirismo e o carinho com que somente aqueles que amam – sabem viver.

Por mais que se tente encontrar, não há expressão mais adequada para definir quem ama e quem é amado do que a palavra **amante**. No latim, *amante* – particípio presente do verbo **amar** – significa **aquele que ama**. Se duas pessoas estão juntas exclusivamente em razão do amor que as une, é amante quem ama, como também quem é amado. O fato de amores, outrora estigmatizados pela clandestinidade, terem se apropriado do termo não pode permitir que esse belo vocábulo seja condenado para sempre, relegado ao esquecimento. Ao contrário, seu real sentido deve ser o bastante para revivificá-lo em uma nova dimensão, que não é outra senão a sua acepção nativa: amantes são aqueles que se amam!

A expressão **amante** serviria, pois, para denominar os partícipes de uma nova entidade familiar. Ao se constituir o relacionamento, passariam ambos a se qualificar como **amantes**, assim sendo denominado seu **estado civil**. Desse modo, com facilidade seriam identificados os que vivem um vínculo que leva à perda da titularidade exclusiva de seu patrimônio. Para usar termo do agrado da doutrina, a nova união também gera o estado de **mancomunhão**: propriedade em mão comum. Assim, todos saberiam, afinal, a condição das pessoas e dos bens de quem vive com outrem. Não são casadas, nem solteiras, divorciadas ou viúvas. São amantes porque se amam, e, com o seu amor, formam uma união de afeto. Afinal, é apenas a afetividade, e não a lei, que as mantém unidas.[24] O amor é o elemento

24. Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas..., 97.

constitutivo do vínculo pessoal e patrimonial. A partir da assunção de terminologia adequada, cessariam inseguranças e incertezas. Com facilidade poderiam ser nominados os demais integrantes da nova constelação familiar: os filhos de cada um seriam apresentados como **os filhos do meu amante**, assim como os irmãos, os pais e os demais parentes.

Dentro desse universo de novos vínculos que vêm merecendo aceitação social, as únicas que lograram cunhar uma expressão que as identifica são as uniões de pessoas do mesmo sexo. A partir do momento em que começaram a receber reconhecimento jurídico, os relacionamentos, que eram chamados pelo estigmatizante nome de uniões homossexuais, passaram a realçar o que dá sentido à relação: a afetividade. Daí, **uniões homoafetivas**.

8.4. O NOME DA MULHER CASADA

Até a vigência do atual Código Civil sempre se falava em "nome da mulher". A expressão encerra sabidas ambiguidades. De forma paradoxal, o nome da mulher dela não é. O nome é do marido.[25]

O Código Civil pretérito **obrigava** a mulher a adotar "os apelidos" do marido, ou seja, o seu sobrenome. A imposição, de forte colorido dominador, estava ligada à feição patriarcal da família. A mudança de um dos atributos da personalidade tinha, por justificativa, a necessidade de identificar a família pelo patronímico do varão. A adoção do **nome do marido** sempre simbolizou a transferência do poder familiar para o poder marital.[26] A alteração não ensejava qualquer questionamento sobre eventuais sequelas que a mudança poderia trazer à segurança jurídica, tão prestigiada pela Lei dos Registros Públicos. Nem havia motivo para maiores preocupações. É que, com o casamento, a mulher perdia a plenitude de sua **capacidade civil**. O homem era o "cabeça do casal" e o "chefe da sociedade conjugal", competindo-lhe a representação legal da família e a administração dos bens da esposa. Partia-se da falsa fantasia de que as mulheres nada poderiam fazer a ponto de abalar a segurança social. Essa crença perdurou mesmo depois do chamado **Estatuto da Mulher Casada** (Lei 4.121/1962), que devolveu a plena capacidade à mulher casada. A ninguém assaltou a ideia de que, no pleno uso da capacidade civil, podendo admitir os próprios bens e trabalhar sem depender da autorização do marido, a alteração do nome, levada a efeito pelo casamento, poderia trazer alguma intranquilidade jurídica.

25. Marcos Alves da Silva, Nome da mulher..., 25.
26. Paulo Lôbo, As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais..., 9.

A partir do momento em que o sistema jurídico afastou a indissolubilidade do casamento, a temática envolvendo o nome adquiriu novos contornos. A **Lei do Divórcio** tornou **facultativa** a alteração do nome da mulher em razão do casamento. Era sua a opção de continuar usando o nome de casada quando da separação. No entanto, ela tinha sido quem tomou a iniciativa de propor a ação de reparação, ou se fosse reconhecida a sua culpa pelo fim do casamento, voltava compulsoriamente ao nome de solteira. Na **conversão da separação em divórcio**, a exclusão do sobrenome do marido passou a ser obrigatória (LD 25 parágrafo único). A **perda do nome** era decretada mesmo contra a vontade do casal, em clara afronta ao direito à identidade. Somente em raras hipóteses havia a possibilidade da mantença do nome. Porém, não existia igual determinação quando se tratava de **divórcio** direto.

Agora, a deliberação sobre a mantença ou a exclusão do sobrenome do cônjuge depende exclusivamente de quem adotou o nome do outro. Trata-se de um direito **personalíssimo** e **potestativo**. A mantença ou exclusão do nome pode ocorrer quando do fim da união, ou ser buscada no momento que a pessoa desejar.[27]

Sobre a composição do nome dos cônjuges após o divórcio, dizem Nelson e Rosa Maria Nery que é importante considerar que o nome de família, aquele adotado pelos esposos no casamento, já não pertence àquele que o emprestou para a formação do nome familiar, mas sim a quem dele fez uso regular e autorizado para identificar a família à qual pertence.[28]

8.5. CASAMENTO

A possibilidade de os noivos alterarem o nome é quando do casamento. Mas nada impede que a mudança ocorra em momento posterior. Seja

---

27. Ação de conversão de separação em divórcio. Pedido de utilização do nome de casada. Possibilidade. Direito de personalidade. Recurso provido. [...] 2. Por se tratar de um atributo da personalidade, a retirada do sobrenome cabe exclusivamente ao cônjuge que o adotou, sob pena de ofensa ao princípio constitucional de respeito à dignidade humana. [...] A alteração do nome do cônjuge em razão da dissolução do casamento depende exclusivamente de sua vontade, uma vez que, após incorporado, o patronímico de família do outro cônjuge passa a integrar seu atributo de identidade, tutelado pelo postulado da dignidade da pessoa humana. Insubsistência dos artigos 1.571, § 2º, e 1.578 do Código Civil, depois da edição da Emenda Constitucional 66. (20140111043134APC, Rel. Maria de Lourdes Abreu, 3ª T. Cív., *DJe* 04/04/2017). 5. Recurso provido. (TJDF – AC 0756737-35.2018.8.07.0016, 2ª T. Cív., Rel. João Egmont, j. 06/11/2019).
28. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código Civil Comentado, 1.375.

para acrescentar o nome do cônjuge, seja para excluir o nome que havia adotado.[29] É o que sustentam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald. O acréscimo pode ser obtido durante a convivência. Seguindo a mesma linha de raciocínio, também entendem possível ao cônjuge que modificou o seu nome, por ensejo do matrimônio, modificá-lo, a qualquer tempo, retornando ao nome originário, uma vez que se trata de direito da personalidade, garantindo o direito à identificação de cada pessoa.[30]

Ainda que **revel** na ação de divórcio, não é possível a exclusão do nome de casado, que exige manifestação expressa de vontade.

O Código Civil faculta a **qualquer dos noivos** acrescer ao seu o sobrenome do outro (CC 1.565 § 1.º). Apesar do uso da expressão **acrescentar, nada justifica impedir** a supressão do sobrenome próprio, adotando exclusivamente o nome do cônjuge. Mas a Justiça autoriza a supressão de somente um dos sobrenomes (paterno ou materno).[31]

Com o divórcio e a constitucionalização da união estável, o casamento perdeu a conotação sacralizada e sua finitude tornou-se previsível. Ninguém mais acredita no juramento "até que a morte os separe". Assim, a solução jurídica mais harmoniosa com a plena igualdade não parece ser a possibilidade de oferecer ao marido a opção de adotar o sobrenome da mulher, mas, ao revés, a de estabelecer a regra da **inalterabilidade** do sobrenome de cada cônjuge após o casamento.[32] Como sustenta Maria Celina Bodin de Morais, a solução jurídica mais harmoniosa com a plena igualdade entre os cônjuges, e que evitaria muitos conflitos posteriores, não é a que se adotou, qual seja a possibilidade de se oferecer ao marido a opção de adotar o sobrenome da mulher, mas, ao contrário, seria a de estabelecer a

29. [...] Patronímico do cônjuge. Acréscimo posterior ao casamento. Cabimento. Recurso parcialmente provido. [...] Revela-se possível a retificação do registro civil para a inclusão do patronímico do cônjuge no sobrenome do outro, ainda que posteriormente à celebração do casamento, considerando-se que o direito ao nome é atributo da personalidade individual e merece especial tutela jurídica. (TJMG – AC 10592180000180001, Rel. Des. Belizário de Lacerda, j. 18/02/2020).

30. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil: Famílias, 274.

31. Registro civil. Assentamento de casamento, em que houve a inclusão do sobrenome do cônjuge. Mulher que pretende a exclusão do nome de família paterno. Possibilidade. Art. 1.565, § 1º, DO CC/02. Precedentes desta corte e do STJ. Desde que não haja prejuízo à ancestralidade, à identificação e à sociedade, é possível a supressão de um patronímico, pelo casamento, pois o nome civil é direito da personalidade, não comportando dito direito fundamental restrição sem previsão legal expressa. Apelação provida. (TJRS, AC 70075399501, 8ª C. Civ., Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 09/11/2017).

32. Maria Celina Bodin de Moraes, Sobre o nome da pessoa humana, 53.

regra da inalterabilidade dos sobrenomes dos nubentes, impossibilitando a sua mudança pelo casamento, bem como a obrigatoriedade de aposição, nos filhos, dos sobrenomes de ambos os pais.[33]

Como é facultado a qualquer do par alterar o nome, possível **ambos trocarem o nome**. A recíproca mudança permite que os dois portem somente o sobrenome do outro. Essa possibilidade acaba por subtrair do nome de família sua característica de sinalizar o núcleo familiar, o que não gera qualquer transtorno social.

A mobilidade das estruturas de convívio nem mais reclama a identificação da estirpe familiar. As pessoas migram com desenvoltura de um relacionamento a outro, mudanças que não comprometem a segurança das relações jurídicas. Nada justifica desrespeitar a liberdade do par, ainda que a maior expressão da liberdade seja simplesmente ninguém abandonar a própria identidade em razão do casamento. Afinal, não é a identidade do nome que consolida o vínculo afetivo, mas a cumplicidade do par.

8.6. UNIÃO ESTÁVEL

O Código Civil prevê a possibilidade de alteração do nome somente no casamento (CC 1.565 § 1.º). No entanto, a Lei de Registros Públicos[34] permite, excepcionalmente, à **mulher** averbar no registro de nascimento o **patronímico do companheiro**, mediante uma série de requisitos (LRP 57 §§ 2.º a 6.º). Em suma, como diz Zeno Veloso, muito difícil, quase impossível é adaptar o arcaico texto, conferir-lhe uma interpretação conforme a Constituição, superar tantas barreiras que o mesmo erigiu, quando a solução é mais simples e fácil, constando no ordenamento: dadas as semelhanças, identidades, objetivos da união estável e do casamento, pode ser aplicada aos companheiros, por analogia, a regra constante do art. 1.565, § 1º, do Código Civil. Os casos são semelhantes – ambos têm o poder de constituir uma entidade familiar – e há identidade de razão.[35]

Reconhecendo a necessidade de adequar o texto ao novo panorama constitucional, a jurisprudência passou a admitir a mudança, bastando a comprovação da união estável (CC 1.723).

---

33. Idem, ibidem.
34. Cabe atentar que a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) é anterior à Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977).
35. Zeno Veloso, Nome civil da pessoa natural, 461.

O pedido deve ser feito perante o juízo das varas do registro público. Trata-se de procedimento de **jurisdição voluntária**, sendo dispensável prévia demanda de reconhecimento da existência da união.

Tal qual ocorre no casamento, quando, depois de sua celebração, algum dos cônjuges pode acrescentar ou retirar o nome do cônjuge. Não só a mulher, também o **homem** tem o direito de alterar seu nome, passando a usar o da companheira. O Conselho Superior da Magistratura de São Paulo autorizou a adoção do nome por qualquer dos companheiros na **escritura** de união estável.[36]

8.7. DIVÓRCIO

Quando do **casamento**, qualquer um dos cônjuges pode adotar o sobrenome do outro (CC 1.565 § 1.º). Como esta faculdade é assegurada a ambos, pode haver a troca dos sobrenomes: cada um passa a usar o nome do outro.

Quem trocou de sobrenome quando do casamento, por ocasião do **divórcio**, pode optar pela manutenção do nome de casado ou pelo retorno ao nome de solteiro. Tais alterações dependem da **livre vontade** de cada um dos cônjuges. Nada impede que, mesmo depois do divórcio, ocorra a volta ao nome de casado, se assim concordar o ex-cônjuge.[37]

A mantença ou a mudança do nome depende exclusivamente do desejo do cônjuge que o adotou. O juiz não pode determinar a exclusão. Os dois dispositivos que tratavam do tema com referência à **separação judicial** (CC 1.571 § 2.º e 1.578) não subsistem.

Com o fim da separação também acabaram questionamentos sobre **culpa**. O cônjuge pode manter o nome quando do divórcio e, posteriormente, a qualquer tempo, abandoná-lo.

---

36. TJSP, AC 9000001-04.2013.8.26.0541, Rel. Des. Hamilton Elliot Ekel, p. 20/05/2014.

37. Supressão do patronímico do cônjuge, acrescido com o casamento. Possibilidade. A supressão do nome acrescido com o matrimônio se dá, de regra, em razão de sua ruptura, sendo possível, ainda, optar-se pela conservação, conforme disposto no § 2º do art. 1.571 do CCB. Assim, sendo prerrogativa do cônjuge manter ou retirar o patronímico acrescido quando do casamento, prospera a pretensão de supressão deste sobrenome, mesmo que tenha sido mantido por ocasião do divórcio. O pedido da requerente fundamenta-se em sua mais íntima vontade de voltar a se ver reconhecida pelo nome de solteira e, a despeito do princípio da imutabilidade, não se verifica prejuízo de qualquer ordem no que diz com a segurança jurídica, sinalando-se, ainda, que não há vedação legal à pretensão. Negaram provimento. Unânime. (TJRS – 0127872-27.2019.8.21.7000, Rel. Des. Rui Portanova, j. 12/09/2019).

Condicionar o uso do nome – que é um dos atributos da identidade – à concordância do "dono" do nome infringe um punhado de princípios constitucionais. O nome incorporado pelo cônjuge constitui um direito de **personalidade** e fundamental, que envolve a **dignidade humana**, havendo relação com a **vida privada**. Sendo assim, não se pode fazer interpretação jurídica a prejudicar direito fundamental.[38] Desse modo, não pode um dos elementos identificadores da pessoa ficar condicionado ao favor de alguém, à condescendência de outrem, descabendo perquirir sobre a vida particular do ex-cônjuge para, como uma apenação, limitar o uso do nome.

Ninguém tem mais a possibilidade de **subtrair o nome** de quem deixou de amá-lo, atitude claramente vingativa. Tratava-se de verdadeira condenação do "culpado" pelo fim do amor. A partir do casamento, o nome de um não é mais do outro, é seu também. O nome adotado com o casamento passa a ser o nome de família e o seu nome próprio, integrando seu direito à personalidade.[39] Com o casamento, o cônjuge não empresta simplesmente o seu nome ao outro que o acresce, de modo a se poder exigir que aquele que teve o nome modificado pelo enlace conjugal o altere novamente por ocasião do divórcio. Se assim fosse, se estaria retrocedendo ao tempo em que a mulher era assujeitada, tida como propriedade masculina, ficando à mercê dos mandos e desmandos do marido.[40]

Por ocasião do divórcio, indispensável a expressa manifestação do cônjuge sobre a exclusão do nome. No silêncio de quem havia adotado o nome, permanece inalterado.

Levado a efeito o divórcio **extrajudicialmente** (CPC 733), vale o que os cônjuges acordarem. No silêncio, nada muda.

Nada impede que, a qualquer momento, seja buscado o retorno ao nome de solteiro. Como o CNJ autorizou a alteração do nome dos filhos quando do casamento, separação ou divórcio dos pais, diretamente junto ao registro civil,[41] nada impede que também o cônjuge também procure a alteração do próprio nome, quando tal não ocorreu por ocasião do casamento ou do divórcio. O pedido não precisa a participação do ex-cônjuge, já que não pode se opor.

---

38. Flávio Tartuce, Direito Civil. Direito de Família, 307.
39. Silmara Juny Chinellato, Do nome da mulher casada, 138.
40. Rodrigo da Cunha Pereira, Divórcio, 87.
41. CNJ – Provimento 82/2019.

8.8. ANULAÇÃO DO CASAMENTO

Anulado o casamento, os efeitos desconstitutivos retroagem à data da sua celebração (CC 1.563). É como se não tivesse existido.

Eventual alteração do nome, levada a efeito por um ou ambos os cônjuges, também se desfaz. Ambos retornam ao nome de solteiro. Na hipótese de **casamento putativo**, em que é reconhecida a boa-fé do cônjuge, a união é eficaz da data de sua celebração até o trânsito em julgado da sentença anulatória (CC 1.561). Assim, nada impede que o cônjuge de boa-fé, que adotou o sobrenome do outro, mantenha o nome de casado. Não há necessidade sequer de alegar ou provar motivos (CC 1.578), pois tal dispositivo encontra-se derrogado em face da extinção do instituto da separação.

8.9. NOME DO HOMEM

Quando do casamento, qualquer dos nubentes pode adotar o nome do outro (CC 1.565 § 1.º). Pelo jeito para levar o **princípio da isonomia** às últimas consequências.

Tendo o casamento ocorrido antes da data de vigência do Código Civil (11/01/2003), quando não existia a previsão de o marido trocar o nome, nada impede que venha a pleitear a alteração, passando a se identificar pelo sobrenome da mulher. Ainda que a lei fale em "nubente", expressão que designa a condição de alguém **antes do casamento**, como se trata de direito novo, pode ser buscado em momento posterior às núpcias.

Afinal, inexiste direito adquirido à exclusão de direito. Com o advento de lei concessiva de uma benesse, nada impede a mudança em momento posterior. Basta haver a concordância da mulher, não importando o fato de ela ter aderido ao nome do marido quando do casamento.

8.10. REINTEGRAÇÃO DO NOME

Em 1992, foi alterada a Lei do Divórcio. De modo absolutamente inconstitucional, determinou a exclusão do nome quando da conversão da separação ou divórcio. A exclusão era feita pelo juiz de ofício, mesmo que houvesse a concordância do marido em que a mulher permanecesse usando o seu nome (LD 25 parágrafo único). Afastada essa imposição pelo Código Civil, se o divórcio ocorreu em data anterior à sua vigência (2002), há que se reconhecer a possibilidade de a mulher buscar o **restabelecimento do nome de casada** que lhe foi subtraído contra a sua vontade. Não é sequer necessária a concordância do ex-marido, pois não

pode ele, pelo atual sistema, opor-se ao desejo de quem quer permanecer com o nome que lhe foi subtraído.

Para o restabelecimento do nome não é preciso declinar qualquer justificativa – basta formular o pedido, através de procedimento de **jurisdição voluntária**, ao juízo da vara dos registros públicos. É só anexar a sentença da ação de conversão que determinou a exclusão do nome.

8.11. VIUVEZ

Mudanças no nome sempre estiveram ligadas ao **casamento**. A possibilidade de alteração surge quando da constituição de uma nova família. No fim do casamento, abre-se outra oportunidade de alteração. Quem adotou o nome do cônjuge ao casar, no fim da união, pode abandoná-lo e voltar ao nome de solteiro. A **exclusão** do nome é um **direito**, e não mais há a possibilidade de ser uma imposição. Junto com o fim da separação, foi sepultada a perquirição de culpas, e culpados.

Dois acontecimentos ensejam a **dissolução do casamento**: a morte e o divórcio (CC 1.571 § 1.º). Como é possível ao divorciado excluir, a qualquer tempo, o sobrenome adotado quando do casamento (CC 1.578 § 1.º), nada justifica que se negue tal direito ao viúvo.

Tendo adotado o nome do cônjuge quando do casamento, a exclusão do sobrenome do falecido pode ser requerida diretamente perante o registro civil, com a apresentação da certidão de óbito do cônjuge.[42]

8.12. NOME DOS FILHOS

Quando do registro de um recém-nascido, há a necessidade de apresentação da DNV – Declaração de Nascido Vivo, que é fornecida pela instituição onde ocorreu o parto. Trata-se de documento provisório de identificação (Lei 12.662/2012). O número identificador deve constar do assento de nascimento (LRP 54 10.º).

Caso o parto tenha ocorrido sem assistência de profissionais da saúde ou parteiras tradicionais, a DNV é emitida pelo Oficial de Registro Civil que lavrar o registro de nascimento (LRP 54 § 3.º), devendo constar do assento a identificação de duas testemunhas (LRP 54 9º).

Não há norma legal sobre a composição do nome, a ordem em que devem aparecer os sobrenomes da mãe e do pai. Mas é costume, no

42. CNJ – Provimento 82/2019.

Brasil, o patronímico materno vir antes do paterno. Numa interpretação conforme a Constituição e em atenção ao princípio da isonomia, penso não ser possível exigir-se que o patronímico da mãe fique na frente e o do pai apareça por último, ou vice-versa.[43]

8.12.1. Casamento dos pais

Nascido o filho e registrado no nome da mãe, vindo esta a casar, modo expresso é assegurado o direito de averbar a alteração no registro de nascimento do filho (Lei 8.560/1992 art. 3.º parágrafo único). Ou seja, se, ao casar, a mãe adota o nome do marido, está autorizada a solicitar a **retificação** no registro de nascimento do filho. A intenção da lei é clara: evitar que o registro revele que o filho nasceu antes do casamento de seus pais, valorando, ao que parece, a família matrimonial. No entanto, tal dispositivo não diz que a retificação só é admitida quando ocorrer o **casamento da mãe com o pai de seu filho.** Assim, registrado o filho com o nome de solteira da mãe, vindo ela a alterar o nome ao casar – seja com quem for –, pode requerer a alteração de seu nome no assento de nascimento do filho, ainda que este não seja filho do marido.

De outro lado, em face da possibilidade de também **o marido adotar** o sobrenome da mulher (CC 1.565 § 1.º), **qualquer dos genitores** pode requerer a retificação do seu nome no registro de nascimento da prole. Tendo o marido adotado o nome da nova esposa, pode buscar a **retificação** do registro de nascimento de seu **filho**, nascido do casamento anterior com **outra mulher**. Não há vedação legal. O pedido pode ser feito diretamente junto ao cartório do registro civil.[44]

Apesar da omissão da norma regulamentadora do CNJ, cabe a retificação em se tratando de mudança do nome em decorrência da **união estável**. Nada obsta que o homem ou a mulher proceda à troca do nome no registro de nascimento de seus filhos, ainda que eles sejam fruto de outros vínculos afetivos.

8.12.2. Divórcio dos pais

Na constância do casamento, os filhos são registrados com os nomes dos seus genitores. Quando da dissolução do casamento, modo geral, **abandona** o cônjuge o **nome** que adotara ao casar. Ou seja, há uma discrepância entre o nome do genitor e o nome que consta do assento de nascimento

43. Zeno Veloso. Direito Civil, 18.

44. CNJ – Provimento 82/2019.

dos filhos. O registro passa a indicar uma realidade que **não existe**, o nome que está registrado não corresponde à verdade real.

A **imodificabilidade** dos registros públicos não é **absoluta**. Tanto é assim que comporta exceção exatamente na hipótese inversa. É possível a **averbação** do nome materno no termo de nascimento do filho nascido e registrado antes do casamento da mãe (Lei 8.560/1992 3.º parágrafo único). Ora, se existe tal possibilidade de alteração para adequar no registro do filho o nome da mãe, em razão do seu casamento, a mesma lógica deve existir quando a mudança ocorre em razão do divórcio.[45]

8.12.3. Adoção

A adoção atribui ao adotado a **condição de filho** para todos os efeitos, vedada qualquer designação discriminatória (CR 227 § 6.º). Assim, não deve constar nenhuma observação na certidão de nascimento do adotado sobre a **origem da filiação** (ECA 47 § 4.º). O registro anterior é cancelado. No novo registro deve constar o nome dos adotantes como pais e seus ascendentes como avós (ECA 47 § 1.º).

O **sobrenome** do adotado será o do adotante. A alteração é obrigatória. Pode haver a alteração do **prenome** se houver o desejo do adotante ou do adotado, se ele for criança ou adolescente (ECA 47 § 5.º). Se a modificação for requerida pelo adotante, a vontade do adotado precisa ser respeitada. Caso tenha mais de 12 anos de idade, é obrigatório que seu consentimento seja colhido em audiência (ECA 47 § 6.º).

O ECA admite a possibilidade de o adotado, a partir dos 18 anos, investigar – ou melhor, ver declarada – sua origem biológica, bem como obter acesso irrestrito ao processo de adoção (ECA 48). Tal, no entanto, não traz reflexos na identidade nem no nome do adotado. Via de consequência, não tem qualquer direito, nem alimentos e nem sucessórios.

8.13. MULTIPARENTALIDADE

Cada vez mais verdade biológica e verdade registral cedem frente à realidade da vida, que privilegia os vínculos da **afetividade** como geradores de direitos e de obrigações. Daí a consagração da **filiação socioafetiva**, que tem origem não em um **ato** – como a concepção ou o registro –, mas em um **fato**: a convivência que faz gerar o que se chama de **posse de estado de filho.**

45. CNJ – Provimento 82/2019.

O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da possibilidade da concomitância da paternidade biológica e afetiva no registro de nascimento[46] provocou verdadeira revolução no âmbito das relações vivenciais, o que gerou reflexos na própria identificação dos vínculos parentais.

Essa nova realidade põe em confronto o desejo do filho de se manter na condição de filho, ainda que este não seja o desejo de quem somente é pai registral. Também impede, por exemplo, a desconstituição do registro de quem havia assumido o compromisso de ser pai, como ocorre na chamada **adoção à brasileira**. Toda esta mobilidade passou a prevalecer, inclusive, frente ao princípio da **imutabilidade do nome**, consagrado para manter a **segurança das relações jurídicas**.

Cada vez mais a jurisprudência vem sendo sensível e admite a alteração do nome quando o registro não preserva o próprio direito à identidade. Assim possível é a **supressão do sobrenome** do pai registral, mediante a prova do abandono afetivo.[47] Também é possível o acréscimo do sobrenome do genitor afetivo.[48]

---

46. STF – Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

47. Ação de alteração de registro civil. Preliminar. Ilegitimidade ativa. Afastada. Menor. Representação. Genitor. Citação. Genitora da autora. Desnecessidade. Mérito. Alteração assento nascimento. Medida excepcional. Abandono afetivo. Caracterizado. Prejuízo. Inexistente. Recurso conhecido e não provido. 1. Compete a ambos os pais, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos representá-los judicialmente, dentre outros. Art. 1.634, VII, CC. 1.1. *In casu*, o genitor possui legitimidade ativa para apresentar defesa em favor da infante. Preliminar rejeitada. 2. O Sistema Registrário impõe a citação de todos os interessados nos procedimentos de jurisdição voluntária de alteração de assentamento no Registro Civil. 2.1. Na hipótese dos autos, não figura a genitora da autora como interessada no feito, por não objetivar a lide a supressão do nome desta do assento de nascimento da autora, mas apenas exclusão do sobrenome. Citação desnecessária. 3. A Lei de Registros Públicos traz a regra de que o prenome e sobrenome são definitivos, contudo, não imutáveis, observada a inexistência de prejuízo aos apelidos de família e justo motivo. 4. A jurisprudência, de modo excepcional, perfilha no sentido de admitir a supressão do sobrenome paterno ou materno, demonstrado o abandono afetivo. Precedentes. 4.1. No caso em tela, o abandono afetivo de família materna da autora, em especial da sua mãe, caracterizada hipótese excepcional a autorizar a alteração do nome, inexistindo qualquer prejuízo a linha ancestral e a terceiros, tampouco em interferência no estado de filiação. 5. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. Recursos conhecidos e não providos. Sentença mantida. (TJDF – AC 0712964-40.2018.8.07.0015, 1ª T. Cív., Rel. Romulo de Araujo Mendes, j. 16/09/2020).

48. Reconhecimento judicial de paternidade. Multiparentalidade. Ação ajuizada pelo pai biológico para reconhecimento da paternidade da ré. Sentença recorrida que reco-

8.14. DECLARAÇÃO DE PARENTALIDADE

Reconhecida a filiação por meio da demanda declaratória de parentalidade, a sentença é averbada no livro do registro de nascimento (LRP 102 § 2.º). Ocorre a inclusão do nome do genitor e dos respectivos avós no assento de nascimento do filho. Também se acrescenta o **sobrenome** do genitor reconhecido.

Promovida a ação de reconhecimento pelo pai biológico, mas comprovada a filiação socioafetiva com o pai registral, possível a declaração de **multiparentalidade**, com a mantença do sobrenome de ambos os pais e de todos os avós paternos.

Por requerimento do investigado, e justificadamente, há a possibilidade de não ocorrer a alteração do sobrenome. A ausência de vínculo afetivo com o genitor ou o interesse de preservar o nome de quem o criou serve de motivo para inibir a retificação.

Provimento do Conselho Nacional de Justiça[49] admite o reconhecimento voluntário da **parentalidade socioafetiva**, perante o Oficial do Registro Civil, de quem tiver mais de 12 anos de idade. É necessária a anuência dos pais registrais e o consentimento do filho. Somente é possível o registro de um **ascendente**, ou paterno ou materno. O registro da filiação socioafetiva com relação a mais de um ascendente depende de demanda judicial.

O reconhecimento da filiação também pode ocorrer por testamento ou codicilo.

8.15. INCLUSÃO DO NOME DO PADRASTO

O novo referencial que identifica os vínculos interpessoais e parentais mais pelo afeto do que pela verdade registral ou biológica fez surgir um novo conceito, tanto de conjugalidade como de filiação. Não é mais

---

nheceu a paternidade fundada em resultado de exame de DNA positivo. [...[Descabida pretensão de exclusão do pai registral do registro da menor. Situação típica de multiparentalidade, confirmada por laudo da equipe multidisciplinar. Existência de paternidade socioafetiva com o pai registral não exclui a paternidade biológica do recorrente. Precedente normativo proferido em sede de Recurso Extraordinário com repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. Pedido que atende aos interesses e é formulado por todos os envolvidos (filha, pai registral/social, mãe e pai biológico). Recurso provido em parte. (TJSP – AC 1001117-95.2018.8.26.0125, 1ª C. Dir. Priv., Rel. Francisco Loureiro, j. 28/02/2020).

49. CNJ – Provimento 63/2017.

exclusivamente o casamento que identifica a família. Também não é a identidade genética que marca a relação de parentesco. Tanto os vínculos extramatrimoniais como a **filiação socioafetiva** conquistaram espaço no âmbito jurídico. Tal reflete-se também no tema do nome.

A filiação socioafetiva tem mais significado do que o vínculo consanguíneo. Assim, cada vez mais surge a busca do reconhecimento do vínculo da afetividade. Outro não foi o motivo que levou o legislador a admitir ao enteado agregar o sobrenome do padrasto ou da madrasta na composição de seu nome (LRP 57 § 8.º).

Se o filho tiver mais de 12 anos, havendo a concordância do pai registral, a inclusão do sobrenome do padrasto pode ser feita diretamente junto ao registro civil.[50]

Como não há a inserção do nome do padrasto ou da madrasta, tal não gera uma relação de filiação. No entanto, é indispensável reconhecer a constituição de uma **filiação socioafetiva**. A identidade de sobrenomes é prova de sua existência, cabendo a declaração de um vínculo **multiparental**.

8.16. REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O advento das técnicas de reprodução assistida acabou com alguns ditados populares. Entre eles: a mãe é sempre certa! A partir da possibilidade de a gravidez ocorrer mediante o uso de material genético de outras pessoas, bem como de a gestação ser levada a termo por alguém que cede o útero – a chamada barriga de aluguel –, mãe não é a que gesta. Pai não é quem cede material genético.

No processo reprodutivo das **uniões homoafetivas** é necessária a utilização de material genético de mais pessoas. Nos casais femininos, vez por outra, o óvulo de uma das parceiras é fecundado *in vitro*, com sêmen de doador anônimo, o embrião é implantado na outra. Casais masculinos utilizam o sêmen de ambos que, fecundado em laboratório, é implantado no útero de quem vai levar a gestação a termo. E nem buscam, depois do nascimento, identificar quem é o pai biológico.

Diante deste leque enorme de possibilidades, o registro do nascimento não pode ser levado a efeito exclusivamente com a apresentação da **Declaração de Nascido Vivo (DNV)**. Afinal, a gestante pode não ser a genitora. Nem quem cedeu o óvulo nem quem levou a gestação a termo

50. CNJ – Provimento 63/2017.

desejavam assumir a maternidade. Tais avanços no campo da engenharia genética têm permitido o registro do filho em nome de quem vai assumir a parentalidade.[51]

De outro lado, se o projeto parental é de todos os envolvidos no processo reprodutivo assumirem o filho, é possível que o registro seja levado a efeito em nome de todos.

O **procedimento reprodutivo** é regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina[52] e o **assento de nascimento** do filho havido por técnica de reprodução assistida, pelo Conselho Nacional de Justiça.[53] O registro deve ser inscrito no Livro A e não depende de **decisão judicial**.

Tratando-se de **gestação por substituição**, apresentado termo de compromisso de quem cedeu o útero, seu nome não será incluído no registro, ainda que conste como mãe na Declaração de Nascido Vivo (DNV).[54]

No assento de nascimento de filhos de **casais homoafetivos** não deve constar referência se a ascendência é paterna ou materna, nem com relação aos avós.

8.17. TRANSGÊNEROS

A falta de coincidência entre o sexo anatômico e o psicológico recebe o nome de transgênero, expressão guarda-chuva que alberga travestis, transexuais e todos aqueles que não se identificam dentro do binarismo homem ou mulher. Este é o termo usado mundialmente e foi utilizado pelo STF quando assegurou a retificação da identidade de gênero extrajudicialmente, por autodeclaração e independente da realização de intervenções cirúrgicas ou hormonais.

---

51. JCJF – Enunciado 103: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.
52. CFM – Resolução 2.168/2017.
53. CNJ – Provimento 52/2016.
54. JCJF – Enunciado 108: No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.

Esta é uma realidade ainda permeada de injustificável preconceito. Daí a omissão legal, apesar da afronta a um punhado de princípios que merecem destacada atenção constitucional. Para Tereza Rodrigues Vieira, o direito à identidade sexual deve ser encarado como um **direito da personalidade**. Trata-se do sentimento que a pessoa tem de pertencer a um sexo, independentemente da determinação da sua genitália. Deve, portanto, o direito tutelar essa sua decisão, visto que ela assim é, não por mero capricho, mas por convicção íntima arraigada desde a tenra idade.[55]

A **identificação** do indivíduo é feita no momento do nascimento, por meio de critério meramente anatômico, de acordo com o aspecto da genitália externa. Daí a preferência em falar em **sexo designado** e não **sexo biológico**, pois não é feito qualquer exame cromossomático para a afirmação de que se trata de um menino ou de uma menina.

Esta constatação é informada na Declaração de Nascido Vivo (DNV), documento indispensável para que ocorra o registro do recém-nascido. O sistema jurídico, cioso de seus mecanismos de controle, estabelece, desde logo, com o nascimento, uma **identidade sexual** teoricamente imutável e única.[56]

Com a evolução das técnicas cirúrgicas, tornou-se possível mudar a morfologia sexual externa, para encontrar a identificação da aparência com o sexo desejado. Após a realização da cirurgia, que extirpa ou constrói os órgãos genitais aparentes, adaptando o sexo à identidade psicossocial, questão de outra ordem se apresenta: a necessidade de retificar o registro de nascimento.

A lei registral consagra o princípio da **imutabilidade relativa** do nome (LRP 58). Salvo prova de erro ou falsidade, é vetado vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento (CC 1.604). Tais restrições legais sempre serviram de obstáculo à pretensão dos transexuais de alterar o nome e a identidade de gênero.

Em respeito ao princípio da **dignidade humana**, passou a jurisprudência a autorizar a mudança e admitir a **adequação do registro civil**. Mesmo sem a realização da **cirurgia genital**. Afinal, a Justiça não pode impor que alguém se submeta a intervenção cirúrgica para ter assegurado

55. Tereza Rodrigues Vieira, A bioética e o direito à adequação de sexo do transexual, 111.

56. Luiz Edson Fachin, Elementos críticos..., 96.

direito à própria identidade.[57] Neste sentido, dois enunciados aprovados nas Jornadas do Conselho Nacional de Justiça.[58]

---

57. Recurso especial. Alteração de registro público. Lei 6.015/1973. Prenome masculino. Alteração. Gênero. Transexualidade. Redesignação de sexo. Cirurgia. Não realização. Desnecessidade. Direitos de personalidade. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a discutir a possibilidade de transexual alterar o prenome e o designativo de sexo no registro civil independentemente da realização da cirurgia de alteração de sexo. 3. O nome de uma pessoa faz parte da construção de sua própria identidade. Além de denotar um interesse privado, de autorreconhecimento, visto que o nome é um direito de personalidade (art. 16 do Código Civil de 2002), também compreende um interesse público, pois é o modo pelo qual se dá a identificação do indivíduo perante a sociedade. 4. A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) consagra, como regra, a imutabilidade do prenome, mas permite a sua alteração pelo próprio interessado, desde que solicitada no período de 1 (um) ano após atingir a maioridade, ou mesmo depois desse período, se houver outros motivos para a mudança. Os oficiais de registro civil podem se recusar a registrar nomes que exponham o indivíduo ao ridículo. 5. No caso de transexuais que buscam a alteração de prenome, essa possibilidade deve ser compreendida como uma forma de garantir seu bem-estar e uma vida digna, além de regularizar uma situação de fato. 6. O uso do nome social, embora não altere o registro civil, é uma das maneiras de garantir o respeito às pessoas transexuais, evitando constrangimentos públicos desnecessários, ao permitir a identificação da pessoa por nome adequado ao gênero com o qual ela se identifica. Ele deve ser uma escolha pessoal do indivíduo e aceito por ele como parte de sua identidade. 7. O direito de escolher seu próprio nome, no caso de aquele que consta no assentamento público se revelar incompatível com a identidade sexual do seu portador, é uma decorrência da autonomia da vontade e do direito de se autodeterminar. Quando o indivíduo é obrigado a utilizar um nome que lhe foi imposto por terceiro, não há o respeito pleno à sua personalidade. 8. O Código Civil, em seu artigo 15, estabelece que ninguém pode ser constrangido a se submeter, principalmente se houver risco para sua vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, caso aplicável à cirurgia de redesignação de sexo. 9. A cirurgia de redefinição de sexo é um procedimento complexo que depende da avaliação de profissionais de variadas áreas médicas acerca de sua adequação. 10. A decisão individual de não se submeter ao procedimento cirúrgico tratado nos autos deve ser respeitada, não podendo impedir o indivíduo de desenvolver sua personalidade. 11. Condicionar a alteração do gênero no assentamento civil e, por consequência, a proteção da dignidade do transexual, à realização de uma intervenção cirúrgica é limitar a autonomia da vontade e o direito de o transexual se autodeterminar. Precedentes. 12. Recurso especial provido. (STJ – REsp 1.860.649/SP (2018/0335830-4), 3ª T, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12/05/2020).

58. CNJ – Enunciado 42: Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.
    CNJ – Enunciado 43: É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.

Acabou o Supremo Tribunal Federal assegurando aos transgêneros o direito de buscar na via administrativa, diretamente junto ao Cartório do Registro Civil, a alteração do nome e da identidade de gênero.[59] Basta a indicação da identidade social. Independe de fazer tratamento hormonal ou realizar cirurgia de adequação genital. A mudança deve ser averbada no **assento de nascimento**, sem a inclusão do termo "transgênero". Na **certidão do registro**, não pode constar nenhuma observação para preservar o sigilo da origem dos atos.

8.17.1. Nome social

A divergência entre a identidade civil e a identidade sexual é fonte de enorme desconforto, em face do preconceito de que são vítimas quem tem diferente **identidade social**.

Segundo o Conselho Federal de Medicina,[60] é indispensável o acompanhamento por equipe multidisciplinar, pelo prazo de, no mínimo, dois anos, para a indicação do paciente à cirurgia. O tratamento só pode ser realizado em maiores de 21 anos.

Alguns dos procedimentos podem ser feitos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), mas são anos de espera. E enquanto isso, como a pessoa se apresenta?

Quer em face da injustificável demora, ou porque alguns não desejam se submeter a tais intervenções, muitos transgêneros adotam o que se passou a chamar de nome social: designação pela qual travestis e transexuais se identificam e são socialmente reconhecidos, sem que tenham procedido a alteração da identidade civil.

---

59. STF – Tema 761: I) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; II) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero'; III) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; IV) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

60. CFM – Resolução 2.265/2019.

Decreto Presidencial[61] instituiu o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero no âmbito da **administração pública federal** direta, autárquica e fundacional.

O Conselho Federal da OAB aprovou a utilização do nome social aos **advogados** travestis e transexuais no registro da Ordem e na carteira profissional.[62]

8.18. INTERSEXUAIS

Os intersexuais são pessoas que nascem com órgãos genitais ambíguos. Antes eram chamados de **hermafroditas**.

O Conselho Federal de Medicina[63] considera a intersexualidade uma anomalia de diferenciação sexual, uma urgência biológica e social. Assim, autoriza que crianças de tenra idade sejam submetidas a cirurgias de "adequação genital", nada mais do que mutilações, na tentativa de enquadrá-los no modelo sexual binário.

Constatada a indefinição da genitália externa, na Declaração de Nascido Vivo (DNV), há um campo para inserção do sexo como "ignorado",

Na oportunidade de os pais registrarem o filho, os registradores se recusam a inserir esta expressão no assento de nascimento. Soma-se a isso a angústia dos pais que não sabem que nome dar ao filho.

Diante da omissão da Lei dos Registros Públicos, que não prevê o registro civil do recém-nascido sob estado de intersexo, este segmento da população ainda é invisível e os debates jurídicos sobre o tema ainda são escassos.[64] Daí a necessidade premente do reconhecimento do **terceiro sexo**, por questão de prevalência dos direitos humanos, para que essas pessoas possam reconhecer a sua própria sexualidade por escolha, e não por imposição da Medicina ou do Direito.[65]

Em face de todos estes percalços, é indispensável e urgente que:

---

61. Decreto 8.727/2016.
62. OAB – Resolução 5/2016.
63. CFM – Resolução 1.664/2003.
64. Rachel Rocha e Rosangela Novaes, O direito ao nome da pessoa intersexo..., 371.
65. Benedito Biserra de Aguiar Júnior e outros, Intersexualidade e o direito à identidade, 334.

- o **Conselho Federal de Medicina** proibia a realização de cirurgias de adequação genital, autorizando intervenções somente nas hipóteses em que houver risco de vida;
- o **Conselho Nacional de Justiça** expeça provimento determinando que os Oficiais do Registro Civil, em face da indicação da Declaração de Nascido Vivo, façam constar do registro o sexo como "indefinido", devendo sugerir aos pais que escolham um nome que atenda a ambos os sexos, ou que registrem o filho com o nome que haviam escolhido. Quando atingir a maioridade ou tiver condições de identificar o seu gênero, poderá requerer, administrativamente, a alteração do seu nome e identidade sexual.

LEITURA COMPLEMENTAR

MORAES, Maria Celina Bodin de. Sobre o nome da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 7, p. 38-59, out.-dez. 2000.

OLIVEIRA, Euclides. Direito ao nome. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil.* São Paulo: Método, 2004. vol. 2, p. 67-88.

SANTOS, Daniela Bernardo Vieira dos. Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e os seus reflexos jurídicos. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, n. 13, p. 60-76, jul./ago. 2016.

VELOSO, Zeno. Nome civil da pessoa natural. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias.* 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 429-484.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transgêneros: questões bioéticas e jurídicas ainda polêmicas após o reconhecimento pelo STF do Direito à adequação do nome e do gênero. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 173-200.

9

RELAÇÕES DE PARENTESCO

Sumário: 9.1. Tentativa conceitual – **9.2.** Classificação: **9.2.1.** Natural, civil e socioafetiva; **9.2.2.** Biológico ou consanguíneo – **9.3** Linha: **9.3.1** Linha reta; **9.3.2.** Linha colateral – **9.4.** Grau – **9.5** Afinidade – **9.6.** Obrigação alimentar – Leitura complementar.

Referências legais: CR 226, 227 § 6.º, 229 e 230; CC 1.591 a 1.595; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP) 57 § 8º.

9.1. TENTATIVA CONCEITUAL

Parentesco e família não se confundem, ainda que dentro do conceito de família esteja contido o parentesco mais importante: a **filiação.**[1] As **relações de parentesco** são os vínculos decorrentes da **consanguinidade** e da **afinidade** que ligam as pessoas a determinado grupo familiar. **Cônjuges** e **companheiros** não são parentes, apesar de integrarem a família e manterem vínculo de afinidade com os parentes do par. Os **vínculos de afinidade** surgem, quando do casamento e da união estável, com os parentes do cônjuge ou do companheiro (CC 1.595). A afinidade é considerada um vínculo de menor intensidade,[2] distinção que não se justifica. Essa visão estreita não vence hoje o conteúdo socioafetivo ampliador das relações familiares.[3] De qualquer forma, a lei não se preocupou em distingui-las, tratando os parentes consanguíneos e por afinidade no capítulo "Das relações de parentesco" (CC 1.591 a 1.595).

---

1. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 26.
2. Arnoldo Wald, Direito de Família, 36.
3. Waldyr Grisard Filho, Famílias reconstituídas..., 66.

Por ser um **vínculo natural**, os elos parentais não se constituem nem se desfazem por ato de vontade. O parentesco também é um **vínculo jurídico** estabelecido por **lei**, que assegura direitos e impõe deveres recíprocos. A espécie de parentesco, a maior ou menor proximidade dos parentes, dispõe de reflexos jurídicos diversos, a depender do grau de intensidade da solidariedade familiar.[4] De modo geral, atenta-se ao critério da **proximidade**: os parentes mais próximos são os primeiros a ser convocados. Basta lembrar a obrigação alimentar e a ordem de vocação hereditária.

As profundas alterações que ocorreram na família se refletem nos vínculos de parentesco. A própria Constituição da República (227 § 6.º) encarregou-se de alargar o conceito de **entidade familiar** ao não permitir distinções entre **filhos**, afastando adjetivações relacionadas à origem da filiação. Ocorreu verdadeira desbiologização da paternidade-maternidade-filiação e, consequentemente, do parentesco em geral. Assim, deve-se buscar um **conceito plural** de paternidade, de maternidade e de parentesco em sentido amplo, no qual a vontade, o consentimento, a afetividade e a responsabilidade jurídica terão missões relevantes.[5]

A fantástica evolução da engenharia genética e o surgimento das mais diversas formas de **reprodução assistida** embalam o sonho de qualquer pessoa de ter um filho, não sendo mais possível limitar os vínculos de **parentesco** à **verdade biológica**. O Código Civil, ao tratar, ainda que de forma singela, das **presunções de paternidade**, reconhece a filiação fruto de concepção artificial **homóloga** (CC 1.597 III e IV) e **heteróloga** (CC 1.597 V). Todas essas nuances geram sérias dificuldades ao se tentar definir o que seja parentesco. Afirmar que é uma relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras ou descendem de um tronco comum abrange só o parentesco por consanguinidade.[6] Deixa fora o parentesco decorrente da adoção, da socioafetividade, bem como os vínculos de afinidade.

A pluralidade de núcleos familiares implica, inexoravelmente, em uma multiplicidade de relações parentais. Traz consigo a reboque, naturalmente, uma ampliação das possibilidades de parentesco, enriquecendo o nível de solidariedade entre as pessoas que compõem uma família.[7]

---

4. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 107.
5. Idem, 118.
6. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 289.
7. Cristiano Chaves de Farias, Família parental, 252.

9.2. CLASSIFICAÇÃO

Como as estruturas familiares dispõem de diversas origens, vários são os critérios utilizados para classificar as relações de parentesco, a depender da identificação que se queira estabelecer entre duas pessoas.[8] O parentesco decorre das relações conjugais, de companheirismo e de filiação: maternal ou paternal. Pode ser natural, biológico, civil, adotivo, por afinidade, em linha reta ou colateral.

Todas as distinções e classificações feitas de modo minucioso pela lei dispõem de enorme importância. A identificação dos vínculos de parentesco tem reflexos nos **impedimentos matrimoniais**, diante da proibição de incesto: os parentes em linha reta – pais e filhos, avós e netos – não podem casar (CC 1.521 I). Em sede de **alimentos** também é fundamental identificar os graus de parentesco em face da reciprocidade da obrigação alimentar. Os primeiros convocados a prestar alimentos são os parentes mais próximos (CC 1.696). No **direito sucessório**, a espécie de parentesco determina o modo de participar da herança, segundo a ordem de vocação hereditária (CC 1.829).[9]

9.2.1. Natural, civil e socioafetiva

Historicamente, sempre se reconheceu que os vínculos de **consanguinidade** geram o que se chama de **parentesco natural**, denominando-se de **parentesco civil** o decorrente de **adoção**. A diferenciação entre o parentesco consanguíneo e o civil – que repercute na classificação dos filhos em naturais e civis –, funda-se em distinção que não mais se justifica. É tida como **discriminatória**, principalmente em face da regra constitucional (CR 227 § 6.º): *Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.* Ou seja, filhos são filhos, sem qualquer adjetivação.

O desenvolvimento das modernas técnicas de **reprodução assistida** ensejou o que passou a ser chamado de **desbiologização da parentalidade**, impondo o reconhecimento de **outros vínculos** de parentesco. Assim, parentesco civil não é somente o que resulta da adoção. Também o é o que decorre de **qualquer outra origem** que não seja a biológica. Não há como

8. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 26.
9. Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 37.

deixar de reconhecer que a concepção decorrente de fecundação **heteróloga** (CC 1.597 V) gera parentesco **civil**.[10]

O prestígio da **verdade afetiva** frente à realidade biológica impôs o alargamento do conceito de filiação. Nos dias atuais, como afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama, paternidade, maternidade e filiação não decorrem exclusivamente de informações biológicas ou genéticas – dá-se relevo a sentimentos nobres, como o amor, o desejo de construir uma relação afetuosa, carinhosa, reunindo as pessoas num grupo de companheirismo, lugar de afetividade, para o fim de estabelecer relações de parentesco.[11]

Muito se questiona se a lei civil enlaçou o critério **socioafetivo**. Como bem observa Sérgio Gischkow Pereira, tudo indica que o legislador dele não o cogitou. A doutrina e a jurisprudência se esforçaram por detectá-lo.[12] Afirma-se que existe espaço para o reconhecimento de outros vínculos além da consanguinidade e da adoção, em face da amplitude da expressão "outra origem" (CC 1.593): *O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou* ***outra origem***. Assim, "outra origem" não significa mais e tão somente o parentesco decorrente da **adoção**, mas o parentesco que tem origem diversa da consanguínea.[13] Também a referência a veementes presunções resultantes de fatos já certos (CC 1.605 II) diz com o conceito de **posse de estado de filho**, nada mais do que uma filiação socioafetiva.[14] Deste modo, a filiação pode constituir-se pela incidência direta de uma lei ou pela posse de estado. Tal a relevância reconhecida a filiação socioafetiva que o STJ lhe concede o mesmo relevo que o vínculo consanguíneo.[15]

---

10. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A reprodução assistida heteróloga..., 16.
11. Idem, Das relações de parentesco, 118.
12. Sérgio Gischkow Pereira, Direito de Família, 86.
13. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 290.
14. JCJF – Enunciado 103: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.
15. STF – Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

9.2.2. Biológico ou consanguíneo

Parentes consanguíneos são as pessoas que têm entre si um vínculo biológico. Assim, são **parentes** as pessoas que **descendem umas das outras**, ou têm um **ascendente comum**. O estabelecimento dos elos de parentesco sempre tem origem em um **ascendente**: pessoa que dá origem a outra pessoa. **Descendentes** são os parentes que se originam a partir da filiação.

Os vínculos de ascendência e descendência natural têm **origem biológica**, mas podem decorrer da **adoção**, que gera o desligamento do adotado dos parentes consanguíneos. Quando ocorre a perda do poder familiar, ainda persiste o vínculo de parentesco natural para efeitos outros, como, por exemplo, obrigação alimentar e impedimentos matrimoniais. O casamento e a união estável também geram vínculo de ascendência e descendência, ainda que por **afinidade**.

9.3. LINHA

As **distinções** entre parentesco em linha reta, em linha colateral e por afinidade são de duas ordens. Os parentes em linha reta descendem uns dos outros. São parentes na linha colateral quem tem um ascendente comum. O parentesco em linha reta é ilimitado e, na linha colateral, limita-se ao quarto grau, ao menos para efeitos jurídicos.

Os **vínculos em linha reta** são perpétuos – quer decorram de parentesco, quer de afinidade –, não se extinguindo nem quando findo o casamento ou a união estável (CC 1.595 § 2.º).

Quanto à **linha colateral**, se a relação é por consanguinidade, o parentesco se estende até o quarto grau. Em se tratando de afinidade, o limite é o segundo grau. Ambos terminam quando finda o relacionamento.

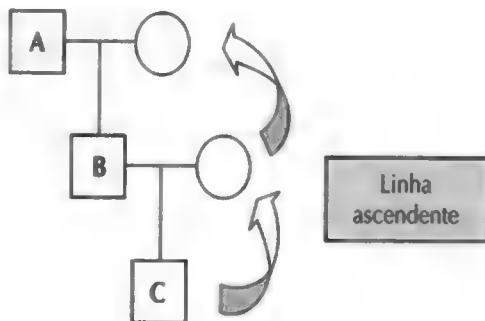
9.3.1. Linha reta

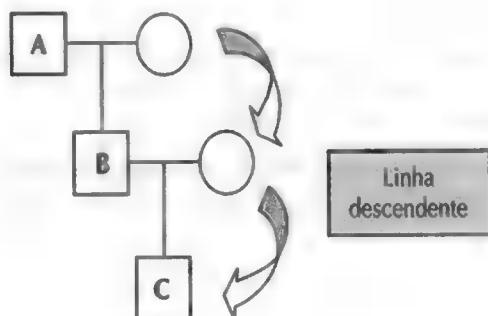
Falar em **linha de parentesco** é identificar a vinculação da pessoa a partir de um **ascendente comum**. A identificação da linha de parentesco é o que permite distinguir parentes em linha reta dos parentes em linha colateral. Em linha reta são aqueles que descendem uns dos outros. Na linha colateral, as pessoas relacionam-se com um **tronco** comum, sem descenderem umas das outras. O parentesco em linha reta leva em consideração

a relação de **ascendência** e **descendência** entre os parentes. O parentesco em linha colateral funda-se na **ancestralidade** comum, sem relação de ascendência ou descendência.

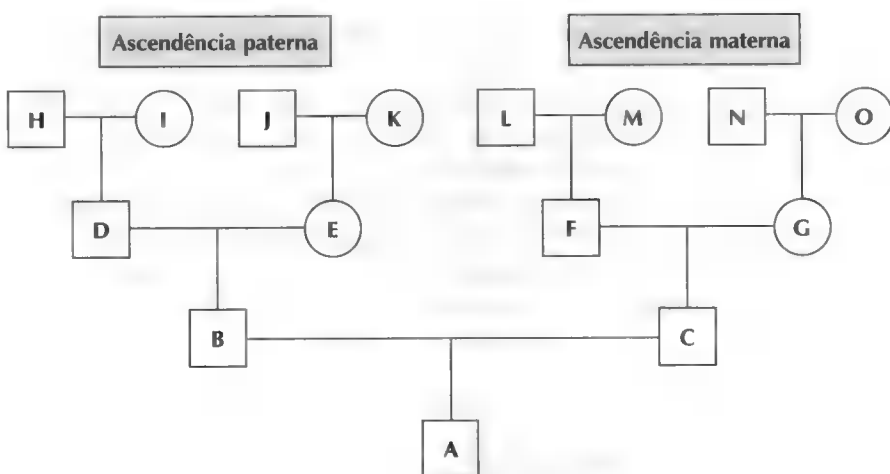
O parentesco em linha reta é **infinito**, nos limites que a natureza impõe à sobrevivência dos seres humanos.[16] Assim, não tem fim o parentesco entre ascendentes e descendentes: bisavô, avô, filho, neto, bisneto etc. São todos parentes. Por mais afastadas que estejam as gerações, serão sempre parentes entre si as pessoas que descendem umas das outras.[17] É o que diz o Código Civil (1.591): *são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.*

Dependendo do ângulo que se visualiza, o parentesco em linha reta é **ascendente** ou **descendente**, conforme se encare o parentesco subindo da pessoa a seu antepassado, ou descendo, sem qualquer limitação.[18]

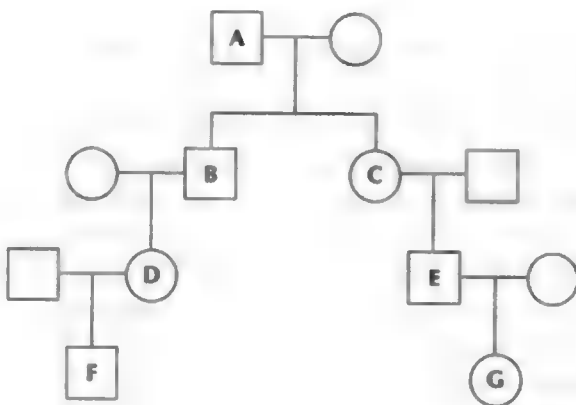
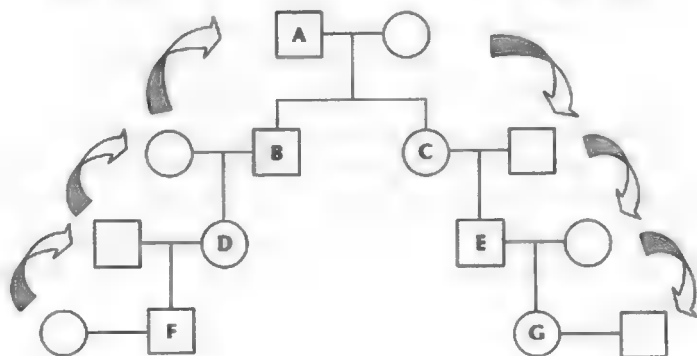
Uma pessoa tem uma relação de parentesco em **linha reta ascendente** com seus pais, avós, bisavós etc. Cabe um exemplo: parte-se do neto (C), subindo-se ao pai (B) até o avô (A), e assim sucessivamente.

Com referência aos filhos, netos, bisnetos etc., a relação de parentesco é de **linha reta descendente.** De novo o exemplo: olha-se a partir do pai (A), frente ao filho (B) e ao neto (C).

16. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 17.
17. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 199.
18. Idem, 199.

Todas as pessoas, sob o prisma de sua **ascendência**, têm **duas linhas de parentesco**, pois descendem de duas pessoas. A linha de ascendência bifurca-se sucessivamente entre os ascendentes paternos e maternos.

Chama-se **linha paterna** o parentesco com o genitor e com os ascendentes dele, daí avós e bisavós paternos. Só o exemplo socorre. O parentesco de alguém (A) com o pai (B) e com os seus ascendentes – avós (D e E) e bisavós paternos (H, I, J e K) – se estende sem qualquer limite.

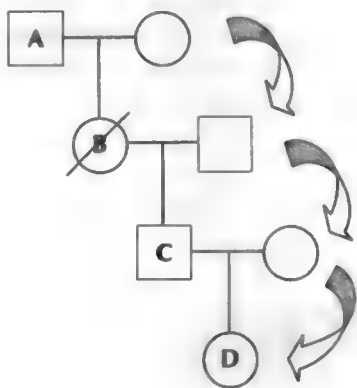
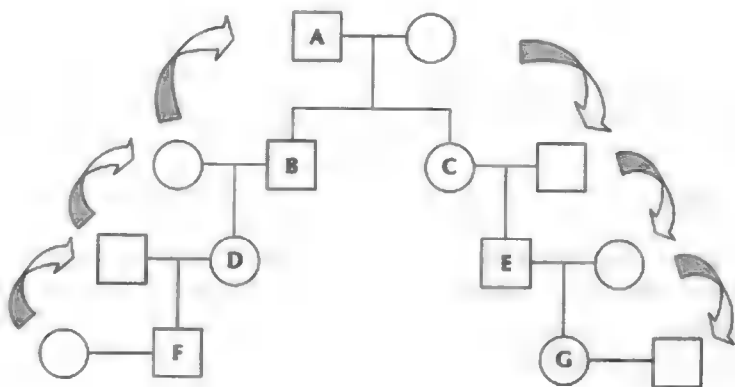
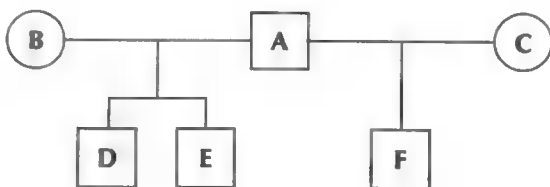
O parentesco em linha reta ascendente **materna** diz com os pais e avós da mãe: avós e bisavós maternos. Assim, o parentesco em linha reta ascendente **materna** se constitui com a mãe (C), os avós (F e G) e os bisavós maternos (L, M, N e O).

9.3.2. Linha colateral

Vínculos de parentesco igualmente se estabelecem quando, entre duas pessoas, existe um **ancestral comum**, fazendo surgir entre ambas uma relação de parentesco na linha colateral.

Os parentes colaterais provêm de um **tronco comum**, não descendendo uns dos outros. Portanto, não existe parente colateral de **primeiro grau**. A contagem se faz indo até o ascendente comum, por exemplo, o mesmo pai, mesmo avô.

O parentesco colateral encerra-se no **quarto grau** (CC 1.592): *São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.* Os irmãos são parentes em **segundo grau** na linha colateral. Tios e sobrinhos são parentes colaterais de **terceiro grau**, enquanto os sobrinhos-netos, tios-avós e primos são parentes colaterais em **quarto grau**. Assim, tanto os irmãos (B e C) como os primos (D e E) são parentes colaterais. Também o são o tio (B) frente ao sobrinho (E) e o tio-avô (B) em relação ao sobrinho-neto (G). Todos têm como ascendente comum (A).

Além desses, existem outros graus de parentesco, mas, para efeitos jurídicos, só é reconhecido o vínculo até o quarto grau.

9.4. GRAU

Outro critério de classificação diz com os graus de parentesco, ou seja, o **número de gerações que separa os parentes**. É distinta a **forma de contagem** dos graus de parentesco, entre os parentes em linha reta e os parentes em linha colateral ou transversal (CC 1.594).

Na **linha reta**, identifica-se o grau de parentesco pelo número de gerações que os separam. Conta-se o intervalo entre uma geração e outra. Assim, pai (A) e filho (B) são parentes na linha reta em **primeiro grau**; avó (A) e neto (C) são parentes em **segundo grau**; bisavô (A) e bisneto (D) são parentes na linha reta em **terceiro grau**, e assim por diante.

Na **linha colateral**, o parentesco também é contado pelo número de gerações entre os parentes, mas é necessário subir até o ascendente comum e depois descer até o outro parente para se identificar o grau de parentesco (CC 1.594). Cabem alguns exemplos. **Irmãos** (B e C) são parentes em **segundo grau**, eis que uma geração separa cada um do pai (A), que é o ascendente comum a ambos. **Tio** (B) e **sobrinho** (E) são parentes em **terceiro grau**, pois (A) é o ascendente comum, pai de um e avô do outro. **Primos** (D e E) são parentes em quarto grau, têm em comum o avô (A). **Tio-avô** (B) e **sobrinho-neto** (G) são igualmente parentes colaterais de **quarto grau**.

Quanto aos **irmãos**, ainda é feita uma distinção por **estirpe**. Os filhos do mesmo pai e da mesma mãe são chamados de irmãos **germanos ou bilaterais** por terem parentesco **bilateral**. Os filhos apenas do mesmo pai ou somente da mesma mãe são irmãos **unilaterais**, chamados equivocadamente de meios-irmãos. Ora, se ninguém tem meio pai ou meia tia, não há porque chamar alguém de meio irmão.

Essa distinção ganha relevo no direito sucessório, quando são chamados à sucessão os parentes colaterais. Somente há igualdade na partilha se todos forem irmãos bilaterais ou todos unilaterais. Concorrendo à herança irmãos unilaterais e bilaterais, estes têm direito ao dobro da parte destinada ao meio-irmão (CC 1.841). É flagrante a **inconstitucionalidade** de tal distinção.[19] Afinal, não permite a Constituição qualquer tratamento discriminatório entre filhos, reconhecendo inclusive ao adotado os mesmos direitos. Nada justifica assegurar aos irmãos direitos sucessórios diferenciados, principalmente quando a **obrigação alimentar** dos irmãos germanos e unilaterais é a mesma (CC 1.697). A discriminação, além de inconstitucional, é, sem dúvida, injusta.[20]

9.5. AFINIDADE

Os vínculos de afinidade e de parentesco, ainda que tratados em conjunto pelo legislador, não se confundem, mas ambos geram direitos e obrigações. A afinidade tem origem na lei e se constitui quando do **casamento** ou da **união estável** e vincula o cônjuge e o companheiro aos parentes do outro. A afinidade associava-se apenas ao casamento, mas, com a constitucionalização da união estável, a lei estendeu-lhe os vínculos de afinidade (CC 1.595): *Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.*

No casamento é fácil identificar quando tem início a relação de afinidade: na sua celebração. A dificuldade é estabelecer o **termo inicial** do vínculo de afinidade em se tratando de união estável. Como se trata de entidade familiar que se constitui com o passar do tempo, é necessário um estágio de convivência e o atendimento aos pressupostos legais (CC 1.723) para o seu reconhecimento.[21] Assim, se é difícil a identificação do momento em que se constitui a união estável, não é fácil saber o momento em que nasce o vínculo de afinidade.

Os parentes afins não são iguais nem são equiparados aos parentes consanguíneos, mas existe certa **simetria** no que diz com linhas, graus e espécies. Basta projetar o parentesco comum ou civil no espelho para se

19. Cláudio Grande Jr., A inconstitucional discriminação entre irmãos..., 86.
20. Maria Berenice Dias, Manual das Sucessões, 45.
21. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 36.

ter a disciplina do parentesco por afinidade.[22] O vínculo que se estabelece é tanto em linha reta como colateral.

A afinidade em **linha reta** não tem limite de grau (sogro, nora, genro) e se **mantém** mesmo com a dissolução do casamento e da união estável (CC 1.595 § 2.º). A **afinidade** também comporta duas linhas – a linha reta e a linha colateral –, e conta-se do mesmo modo.

Na **linha colateral**, a afinidade não passa do segundo grau e se restringe aos **cunhados**. Esse vínculo só existe durante a união matrimonial ou estável. Solvida a entidade familiar, desaparece a afinidade entre os colaterais.

O vínculo de afinidade se estabelece também com relação aos **filhos** de um dos cônjuges ou companheiros. Assim, o filho de um passa a ser filho por afinidade do seu cônjuge ou parceiro. Na ausência de melhor nome, costumam-se chamar de **padrasto ou madrasta** e **enteado** os parentes afins de primeiro grau em linha reta.

O padrasto ou a madrasta podem adotar o enteado. É o que se chama de **adoção unilateral**. Uma das hipóteses em que o adotante não se submete ao malfadado cadastro (ECA 41 § 1º). A lei também admite ao enteado a adoção do **sobrenome** do padrasto ou madrasta, mas sem excluir o vínculo parental anterior (LRP 57 § 8.º). Vem a jurisprudência reconhecendo a constituição de uma filiação socioafetiva com a imputação de **obrigação alimentar** ao padrasto.

Dissolvido o casamento ou a união estável, o vínculo de afinidade não se dissolve integralmente. Permanece com relação aos parentes em **linha reta**. Nem a morte solve o vínculo de afinidade. Ou seja, não existe "ex-sogro", "ex-sogra" ou "ex-enteado". Persistindo o vínculo de parentesco, permanece o **impedimento matrimonial** entre eles. Já com relação aos demais, não há qualquer óbice. Logo, nada impede o casamento com irmãos, tios, sobrinhos ou primos do ex-cônjuge ou ex-companheiro.

A afinidade é de ordem pessoal, não se ampliando além dos limites traçados na lei. Assim, não se vinculam os parentes dos cônjuges e companheiros. Os afins dos cônjuges não são afins entre si, porque afinidade não gera afinidade.[23] Portanto, os sogros não são parentes entre si. Não há impedimento de qualquer ordem, nem para o casamento, de modo que os pais de um casal podem casar.

---

22. Cristiano Chaves de Farias, A família parental, 269.
23. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 272.

O viúvo, o divorciado ou o ex-companheiro não podem casar nem com os pais nem com os filhos do ex-cônjuge ou ex-companheiro (CC 1.521 II). O vínculo de afinidade tem por fito muito mais o estabelecimento de impedimentos de ordem moral, para evitar a aquisição de algum direito ou vantagem em face da aproximação afetiva que ocorre entre as famílias.[24]

Solvido o casamento ou a união estável, impositiva a fixação do **direito de convivência** entre os avós e os netos, direito agora reconhecido legalmente.[25] Afinal, o vínculo de afinidade não se rompe.

Apesar da falta de previsão legal, não há por que vetar igual direito entre tios e sobrinhos. Mais do que cabível, é recomendável assegurar a visitação, quando comprovado que atende ao melhor interesse do infante o contato com quem mantêm vínculos afetivos. A preocupação atual é com o bom desenvolvimento e bem-estar de crianças e adolescentes, revelando-se saudável a convivência familiar.

9.6. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Uma das finalidades da perfeita identificação dos vínculos de parentesco não é só garantir direitos. É também atribuir obrigações. A obrigação alimentar é imposta a todos os parentes. A lei é enfática e reafirma essa responsabilidade: *podem os parentes* [...] (CC 1.694); *se o parente* [...] (CC 1.698).

Como o parentesco em **linha reta** é infinito, também o é a obrigação alimentar. Pais, filhos, avós, netos etc. têm obrigação alimentar uns para com os outros.

O parentesco na **linha colateral** vai até o quarto grau e a obrigação alimentar se estende além dos irmãos, alcançando tios, sobrinhos, tios-avós, sobrinhos-netos e primos. Há resistência da doutrina em face da explicitação feita pela lei, com relação ao dever de alimentos dos irmãos germanos e unilaterais (CC 1.697). Porém, como o direito hereditário alcança todos os graus de parentesco (CC 1.829), difícil é não atribuir obrigação alimentar em favor de quem é herdeiro. É atribuir direito a quem não é imposta obrigação. Quem é herdeiro de alguém deve ter obrigação, ao menos, de garantir-lhe a subsistência.

---

24. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 35.
25. Lei 12.398/11.

Dissolvido o casamento ou a união estável, não se extingue o parentesco por **afinidade** na linha reta (CC 1.595 § 2.º). Ora, se subsiste o vínculo de parentesco por afinidade, para além do fim do **casamento** e da **união estável**, a obrigação alimentar também deve permanecer. Dissolvido o relacionamento, possível é tanto os ex-sogros pedirem alimentos ao ex-genro (ou ex-nora), como estes pedirem alimentos àqueles.

Portanto, não dispondo o ex-cônjuge ou o ex-companheiro de condições de alcançar alimentos a quem saiu do relacionamento sem condições de prover o próprio sustento, os primeiros convocados são os parentes **consanguíneos.** Na impossibilidade de estes prestarem algum auxílio, pela permanência do vínculo de afinidade, que tem por base a **solidariedade familiar**, é de se reconhecer a responsabilidade alimentar subsidiária e de caráter complementar dos parentes por afinidade. Claro que a tese não tem o respaldo da doutrina e não vinga na Justiça.

Como o vínculo permanece mesmo depois de solvidos os laços de convivência, vem a Justiça reconhecendo a **obrigação alimentar** do padrasto para com o enteado. De qualquer forma, quando se passa a falar em **paternidade alimentar**,[26] é de se repensar a obrigação decorrente da paternidade afetiva também do genitor por afinidade.

LEITURA COMPLEMENTAR

BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM/Magister, n. 9, p. 25-34, abr.-maio 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 251-282.

26. Rolf Madaleno, Paternidade alimentar, 195.

10

FILIAÇÃO

Sumário: 10.1. Filiação e reconhecimento dos filhos – **10.2.** Visão histórica – **10.3.** Tentativa conceitual – **10.4.** Planejamento familiar – **10.5.** Presunções da paternidade – **10.6.** Estado de filiação e origem genética: **10.6.1.** Biológica; **10.6.2.** Registral – **10.7.** Reprodução assistida: **10.7.1.** Homóloga; **10.7.2.** Heteróloga; **10.7.3.** Gestação por substituição – **10.8.** Contrato de geração de filho – **10.9.** Homoparental – **10.10.** Posse do estado de filho – **10.11.** Socioafetiva –**10.12.** Multiparentalidade – Leitura complementar.

Referências legais: CR 199 § 4.º, 226 § 7.º, 227 § 1.º I; CC 1.596 a 1.606; CP 242; Lei 11.105/2005; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP) 50 a 66; Lei 7.841/1989; Lei 9.263/1996; Lei 9.656/1998 (Planos e seguros privados de assistência à saúde), 10 I e 35-C III; Lei 12.662/2012; Dec. 5.591/2005; Lei 11.935/2009; Lei 13.112/2015; Resoluções Normativa da Agência Nacional de Saúde (ANS) 338/2013 e 387/2015; CRM – Resolução 2.168/2017 (Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida). CNJ – Provimentos 16/2012, 28/2013, 52/2016, 63/2017 e 82/2019.

10.1. FILIAÇÃO E RECONHECIMENTO DOS FILHOS

Ainda que, por vedação constitucional, não mais seja possível qualquer tratamento discriminatório com relação aos filhos, o Código Civil trata em capítulos diferentes os filhos havidos da relação de **casamento** e os nascidos **fora do casamento**.

O capítulo intitulado "Da filiação" (CC 1.596 a 1.606) cuida dos filhos nascidos na constância do casamento, enquanto os filhos extramatrimoniais estão no capítulo "Do reconhecimento dos filhos" (CC 1.607 a 1.617).

A diferenciação advém do fato de, absurdamente, o legislador ainda fazer uso de **presunções** de paternidade. Dita a excrescência decorre da visão sacralizada da família e da tentativa de sua preservação a qualquer preço. Nem que para isso tenha de atribuir filhos a quem não é o pai simplesmente para a mantença da estrutura familiar.

A família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de **família legítima**. É desprezada a **verdade biológica** e gerada uma **paternidade jurídica**, por presunção, independente da **verdade real**. Para a biologia, pai é unicamente quem fecunda uma mulher que, levando a gestação a termo, dá à luz um filho. Para o direito, o conceito sempre foi diverso. Pai é o marido da mãe. Às claras uma paternidade tendo por base a moral familiar.

Até o advento da **Constituição da República**, que proibiu designações discriminatórias relativas à filiação, filho era exclusivamente o ser nascido 180 dias após o casamento de um homem e uma mulher, ou 300 dias depois do fim do relacionamento. Essas presunções buscavam prestigiar a família, único reduto em que era aceita a procriação. A partir do **Código Civil**, a presunção de paternidade não é exclusivamente da filiação biológica. Decorre também – e de forma absoluta – da **reprodução heteróloga**.

Ainda que a lei fale em **constância do casamento**, a presunção de paternidade e de maternidade – se é que merece persistir – precisa existir também na **união estável**. A única diferença é que, com a celebração do casamento, há a prova pré-constituída da convivência. Assim, qualquer dos pais pode proceder ao **registro** de nascimento do filho em nome de **ambos os genitores**. Para isso, basta apresentar a **certidão de casamento** e a Declaração de Nascido Vivo. Na união estável, tal não é possível, mesmo que exista alguma prova de sua existência, como sentença judicial ou até o certificado do casamento religioso que comprove a convivência dos pais. Por isso, para o registro do filho se faz necessária a presença de ambos perante o registrador.

10.2. VISÃO HISTÓRICA

A necessidade de **preservação do núcleo familiar** – leia-se, preservação do patrimônio da família – autorizava que os filhos fossem catalogados de forma absolutamente cruel. Fazendo uso de terminologia plena de discriminação, os filhos se classificavam em legítimos, ilegítimos e legitimados. Os ilegítimos, por sua vez, eram divididos em naturais ou espúrios. Os filhos espúrios se subdividiam em incestuosos e adulterinos. Essa **classificação** tinha como único critério a circunstância de o filho ter

sido gerado dentro ou fora do casamento, se os genitores eram ou não casados entre si. Ou seja, a situação conjugal do pai e da mãe refletia-se na identificação dos filhos: conferia-lhes ou subtraía-lhes não só o direito à identidade, mas também o direito à sobrevivência. Basta lembrar o que estabelecia o Código Civil de 1916, em sua redação originária (358): *os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos*. Clóvis Beviláqua alertava: a falta é cometida pelos pais, e a desonra recai sobre os filhos. A indignidade está no fato do **incesto** e do **adultério**, mas a lei procede como se estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas.[1]

Negar a existência de prole ilegítima simplesmente beneficiava o genitor e prejudicava o filho. Ainda que tivesse sido o pai quem cometera o delito de adultério – que à época era crime –, infringindo o dever de fidelidade, o filho era o grande perdedor. Singelamente, a lei fazia de conta que ele não existia. Era punido pela postura do pai, que se safava dos ônus do poder familiar. E negar reconhecimento ao filho é excluir-lhe direitos, é punir quem não tem culpa, é brindar quem infringiu os ditames legais.[2] O nascimento de filho fora do casamento colocava-o em uma situação marginalizada para garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai. Prevaleciam os interesses da instituição matrimônio.[3]

O advento de duas normas, nos anos de 1942[4] e 1949,[5] autorizou o reconhecimento do filho extramatrimonial, mas somente após a **dissolução do casamento do genitor**. Ainda assim, tais filhos eram registrados como ilegítimos e só tinham direito, a título de amparo social, à **metade da herança** que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado.

Foi a **Lei do Divórcio** que garantiu a todos os filhos o direito à **herança** em igualdade de condições. Admitiu a possibilidade de reconhecimento do filho havido fora do casamento exclusivamente por **testamento cerrado**. Criou uma estranha eficácia à ação investigatória de paternidade movida contra o genitor casado: o único efeito da sentença era quanto aos alimentos. Somente depois de dissolvido o casamento do pai tornava-se possível o registro do filho. Não era necessária a propositura de nova ação investigatória, mas terceiros interessados tinham o direito de impugnar a filiação. Essa artificiosa construção, além de sujeitar o conteúdo declaratório

1. Clóvis Beviláqua, Código Civil comentado, 332.
2. Idem, ibidem.
3. Julie Cristine Delinski, O novo direito da filiação, 17.
4. Dec.-lei 4.737/1942.
5. Lei 883/1949.

da sentença a uma condição suspensiva (o fim do casamento), lhe subtraía a segurança da coisa julgada ao admitir impugnações de "terceiros interessados". Sabe-se lá a quem era reconhecida tal legitimidade.

A vedação de reconhecimento dos filhos ilegítimos foi alvo de progressivos abrandamentos, mas somente foi derrubada pela **Constituição da República**, que proibiu tratamento discriminatório quanto à filiação, o que ensejou a revogação do dispositivo do Código Civil que negava reconhecimento aos filhos espúrios.[6]

O **Código Civil** insiste em manter **presunções de paternidade**, inclusive nas hipóteses de inseminação artificial. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por **fecundação artificial homóloga**, mesmo que falecido o marido, e ainda que sejam embriões excedentários (CC 1.597 III e IV). Igualmente, é ficta a filiação nas hipóteses de **inseminação artificial heteróloga**, desde que tenha havido prévia autorização do marido (CC 1.597 V).

Com estas mudanças de paradigma, a filiação é estabelecida pelo fato do nascimento. Pouco importa se a concepção foi lícita, se decorreu de relacionamento ético ou não. Basta atentar que mesmo o filho fruto de **relação incestuosa**, é filho para todos os efeitos legais.

A partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal,[7] invocando o **princípio da igualdade**, reconheceu a inconstitucionalidade do tratamento discriminatório entre casamento e união estável, em sede de concorrência sucessória, a vedação se estende para todo e qualquer dispositivo da legislação que desequipare os dois institutos. E, como é vedado excluir direitos, onde está escrito casamento ou cônjuge, leia-se casamento ou união estável; cônjuge ou companheiro. Prevalece a regra mais abrangente, que concede mais direitos.

De qualquer modo, nada justifica, na era do DNA, presumir vínculo de filiação.

10.3. TENTATIVA CONCEITUAL

A absoluta impossibilidade do ser humano de sobreviver de modo autônomo – eis que necessita de cuidados especiais por longo período – gera

6. Lei 7.841/1989.

7. STF – Tema 809: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

um **elo de dependência** a uma estrutura que lhe assegure o crescimento e o pleno desenvolvimento. Daí a imprescindibilidade da família, que se torna seu ponto de identificação social.

A Constituição trouxe o conceito de **entidade familiar**, emprestando especial proteção não só à família constituída pelo **casamento**, mas também à **união estável** e à **família monoparental**, assim chamada a convivência de um dos genitores com sua prole. A jurisprudência vem se encarregando de enlaçar no conceito de família outras estruturas de convívio, como a **união homoafetiva**.

Os conceitos de casamento, sexo e procriação se desatrelaram, e o desenvolvimento de modernas técnicas de reprodução permite que a **concepção** não mais decorra exclusivamente do **contato sexual**. Com isso, a origem genética deixou de ser determinante para a definição do vínculo de filiação.

O ECA, ao dar efetividade à regra constitucional (CR 227 § 6.º), consagra como fundamental o direito à **convivência familiar**, adotando a **doutrina da proteção integral**. Transformou crianças e adolescentes em sujeitos de direito. Deu prioridade à dignidade da pessoa, abandonando a feição patrimonialista da família. Proibiu quaisquer designações discriminatórias à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos ou não da relação de casamento e aos havidos por adoção.

Todas essas mudanças se refletem na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de **novos conceitos** e de uma **nova linguagem** que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo etc. Ditas expressões nada mais significam do que o reconhecimento, também no campo da parentalidade, do mais significativo elemento estruturante do Direito das Famílias, a ética do afeto.

Tal como aconteceu com o conceito de família, a filiação começou a ser identificada pela presença de um **vínculo afetivo** paterno-filial. Ampliou-se o seu conceito de paternidade, compreendendo o **parentesco psicológico**, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal. A parentalidade deriva do **estado de filiação**, independentemente de sua origem biológica ou afetiva. A ideia da paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos.[8]

A **desbiologização da paternidade** – expressão cunhada por João Batista Villela – identifica pais e filhos não biológicos, não consanguíneos, mas que construíram uma **filiação psicológica**. As transformações mais

8. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 91.

recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade.[9]

Toda paternidade é necessariamente **socioafetiva**. Em outras palavras, a paternidade socioafetiva é **gênero** do qual são **espécies** a paternidade biológica e a paternidade não biológica.[10] Os arranjos parentais privilegiam o vínculo da afetividade. Como afirma José Fernando Simão, o afeto venceu o DNA: a realidade afetiva prevalece sobre a biológica.[11]

No atual estágio da sociedade, não mais interessa a **origem** da filiação. Popularizaram-se os métodos de reprodução assistida homóloga e heteróloga, a doação de óvulos e espermatozoides, a gravidez por substituição. E isso sem falar ainda na clonagem humana. Ditos avanços ocasionaram uma reviravolta nos vínculos de filiação. A partir do momento em que se tornou possível interferir na reprodução humana, a procriação deixou de ser um fato natural para subjugar-se à vontade do homem.[12]

A **identificação dos vínculos de parentalidade** não pode mais ser buscada exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. A acessibilidade aos métodos reprodutivos permite a qualquer pessoa realizar o sonho de ter filhos. Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo fazer sexo com alguém. Não há como identificar o pai com o cedente do espermatozoide. Nem dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que cede o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo. Ao final, todas tornam-se mães, o que acaba com a presunção de que a maternidade é sempre certa. Porém, se a mãe gestacional for casada, surge a presunção de que seu marido é o pai.

A **posse de estado de filho** constitui uma parentalidade socioafetivo.[13] É modalidade de parentesco civil, que impõe as responsabilidades decorrentes do **poder familiar**.[14] Neste sentido, enunciado do IBDFAM.

---

9. João Baptista Villela, Desbiologização da paternidade, 404.
10. Paulo Lôbo, Paternidade socioafetiva..., 795.
11. José Fernando Simão, Afetividade e responsabilidade, 46.
12. Heloisa Helena Barboza, Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo, 25.
13. IBDFAM – Enunciado 7: A posse de estado de filho pode constituir a paternidade e maternidade.
14. CJF – Enunciado 256: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

No dizer de Heloísa Barbosa, o parentesco deixou de manter, necessariamente, correspondência com o vínculo consanguíneo. Basta lembrar a adoção, a fecundação heteróloga e a filiação socioafetiva. A disciplina da nova filiação há que se edificar sobre os pilares constitucionalmente fixados: a plena igualdade entre filhos, a desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e a doutrina da proteção integral.[15]

Existem três critérios para o estabelecimento do vínculo parental:

- **critério jurídico** – previsto no Código Civil, estabelece a paternidade por presunção, independentemente da correspondência ou não com a realidade (CC 1.597);
- **critério biológico** – é o preferido, principalmente em face da popularização do exame do DNA; e
- **critério socioafetivo** – fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa. Pai é o que exerce tal função, mesmo que não haja vínculo de sangue.[16]

O Código Civil (1.596) repete a norma constitucional (CR 227 § 6.º): *os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*. Esses dispositivos se limitam a equiparar a filiação **adotiva** à filiação **consanguínea**, olvidando as filiações "de outra origem" (CC 1.593). Tanto a filiação decorrente da fecundação **heteróloga** como a filiação **socioafetiva**, igualmente, geram **vínculo de parentesco** e são merecedoras dos mesmos direitos.[17] Neste sentido enunciado das Jornadas do Conselho da Justiça Federal.[18]

Imperioso encontrar **novos referenciais**, pois não mais cabe buscar na verdade jurídica ou na realidade biológica a identificação dos vínculos familiares. A coincidência genética deixou de ser fundamental. Neste sentido,

15. Heloisa Helena Barboza, Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo, 32.
16. Idem, 381.
17. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A reprodução assistida heteróloga..., 280.
18. JCJF – Enunciado 103: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

o enunciado aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça.[19] A **paternidade** não é só um ato físico, mas, principalmente, um fato de **opção**, extrapolando os aspectos meramente biológicos, ou presumidamente biológicos, para adentrar com força e veemência na área afetiva.[20]

Em face desse verdadeiro caleidoscópio de situações, cabe o questionamento feito por Rodrigo da Cunha Pereira: podemos definir o pai como o genitor, o marido ou companheiro da mãe, ou aquele que cria os filhos e assegura-lhes o sustento, ou aquele que dá seu sobrenome ou mesmo seu nome?[21] A resposta só pode ser uma: nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, quem dá afeto, quem assegura proteção e garante a sobrevivência.

10.4. PLANEJAMENTO FAMILIAR

Falando em filiação, cabe lembrar que o planejamento familiar é **livre** não podendo nem o Estado nem a sociedade estabelecer limites ou condições (CR 226 § 7.º). Também acesso aos modernos métodos de **reprodução assistida** é garantido constitucionalmente. Afinal, planejamento familiar significa a realização do sonho da maternidade. A engenharia genética que alcançou a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* encontra embasamento nesse preceito. Como afirma Flávia Piovesan, todas as pessoas têm direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva.[22] Assim, distúrbios da função procriativa constituem problema de **saúde pública**, devendo o estado garantir acesso a tratamento de infertilidade e reprodução.[23]

O planejamento familiar é singelamente referido no Código Civil (1.565 § 2.º). Encontra-se regulamentado na Lei 9.263/1996, que assegura a todo **cidadão** – não só ao casal – o **planejamento familiar**, o que inclui métodos e técnicas de concepção e de contracepção. De forma injustificável, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges (10 § 5.º), exigência que não existe na união estável. Além da disparidade

---

19. CNJ – Enunciado 39: O estado de filiação não decorre apenas do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de terceiro, derivando da manifestação inequívoca de vontade da parte.
20. Julie Cristine Delinski, O novo direito da filiação, 12.
21. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito de Família:..., 144.
22. Flávia Piovesan, Temas de direitos humanos, 201.
23. Jussara Maria Leal de Meirelles, Filhos da reprodução assistida, 394.

e tratamento, fere o princípio da autonomia da vontade fazer com que um do par precise da concordância do outro.

O planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.[24] Resolução do Conselho Federal de Medicina regulamenta o uso das técnicas de reprodução assistida.[25]

A lei dos **planos e seguros privados de assistência à saúde** (Lei 9.656/1998) foi alterada para obrigar a cobertura em situações que envolvam **planejamento familiar** (35-C III). Deste modo, acabou derrogada a exclusão da inseminação artificial do plano-referência à saúde (10 I).

De outro lado, descabido afirmar que a obrigatoriedade de garantir o planejamento familiar tem como destinatário exclusivamente o **sistema público de saúde**, não alcançando os **planos de saúde suplementar** e **seguros privados**. Ora, diz o seu art. 1º: *Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas.* Ao depois, não é possível fazer interpretação restritiva para excluir direitos quando a lei não o faz.[26]

Muitos são os fundamentos invocados pelo STJ para desobrigar os planos de saúde de custear procedimentos de reprodução medicamente assistida: que fertilização *in vitro* não se confunde com planejamento familiar, definido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)[27] como

24. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 44.

25. CFM – Resolução 2.168/2017.

26. Obrigação de fazer c/c Indenização por danos materiais. Plano de saúde. Fertilização *in vitro*. Decisão de primeiro grau que indeferiu a tutela provisória de urgência (custeio do tratamento de fertilização *in vitro*). Autora que está absolutamente impossibilitada de engravidar pelos métodos naturais, por infertilidade conjugal por fator masculino grave, bem como em razão da idade ovular e da existência de endometriose. Relatório médico que aponta que a fertilização in vitro como única alternativa para possibilitar a gravidez. Necessidade da realização do tratamento o quanto antes pela idade (39 anos) da autora. Negativa do plano de saúde. Exclusão de cobertura no contrato. Restrição abusiva. Cobertura obrigatória a atendimento de planejamento familiar, no qual se insere a fertilização *in vitro*. Inteligência do artigo 35-C, III, da Lei 9.656/98 e artigo 2º da Lei 9.263/96. Tutela de urgência que deve ser concedida. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP – AC 12600911, 9ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Edson Luiz de Queiroz, j. 28/05/2019).

27. ANS – Resolução Normativa 387/2015.

conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, mas somente com acesso aos métodos e técnicas para a concepção e a contracepção;[28] que a cobertura obrigatória dirige-se exclusivamente ao sistema estatal;[29] que é necessária uma interpretação sistemática e teleológica do art. 35-C, inciso III, da Lei 9.656/1998, somado à necessidade de se buscar sempre a exegese que garanta o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de suplementação privada de assistência à saúde;[30] que não há abusividade na cláusula contratual de exclusão de cobertura de inseminação artificial.[31]

No entanto, nada, absolutamente nada justifica dispensar os planos de saúde de arcarem com o custeio dos tratamentos de infertilidade, por meio das técnicas de reprodução assistida. Afinal, planejamento familiar é o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos de aumento da prole.[32]

10.5. PRESUNÇÕES DA PATERNIDADE

No afã de livrar-se do dever de dar proteção a todos os cidadãos – principalmente a crianças e adolescentes –, cria o Estado mecanismos para que os filhos integrem estruturas familiares. Por isso a família é considerada

---

28. STJ - REsp 1.713.429/SP (2017/0310782-1), 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21/08/2018.
29. STJ - AREsp 1.274.025/DF (2018/0078006-8), Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, p. 25/04/2018.
30. STJ - REsp 1.692.179/SP, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 05/12/2017.
31. STJ - REsp 1.731.364/SP (2018/0066037-1), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, p. 01/08/2018.
32. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Custeio de tratamento médico. Infertilidade coexistente à endometriose e baixa reserva ovariana. Fertilização *in vitro*. Cobertura não obrigatória. [...] 2. O propósito recursal consiste em decidir sobre a obrigação de a operadora do plano de saúde custear o procedimento de fertilização *in vitro* associado ao tratamento de endometriose profunda. 3. Esta Turma, ao julgar o REsp 1.815.796/RJ (j. 26/05/2020, *DJe* 09/06/2020), fez a distinção entre o tratamento da infertilidade – que, segundo a jurisprudência, não é de cobertura obrigatória pelo plano de saúde (REsp 1.590.221/DF, 3ª T, j. 07/11/2017, *DJe* 13/11/2017) – e a prevenção da infertilidade, enquanto efeito adverso do tratamento prescrito ao paciente e coberto pelo plano de saúde. 4. Hipótese em que o procedimento de fertilização *in vitro* não foi prescrito à recorrente para prevenir a infertilidade decorrente do tratamento para a endometriose, senão como tratamento da infertilidade coexistente à endometriose, a cuja cobertura não está obrigada a operadora do plano de saúde. 5. Recurso especial conhecido e desprovido (STJ – REsp 1.859.606/SP (2020/0019800-5), 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06/10/2020).

a base da sociedade e recebe especial proteção. Tentando emprestar-lhe estabilidade, a lei gera um sistema de reconhecimento da filiação por meio de **presunções**: deduções que se tiram de um fato certo para provar um fato desconhecido.[33]

No dizer de Maria Helena Diniz, o Código Civil adotou um jogo de presunções fundado em probabilidades para os filhos havidos ou gerados na constância do casamento. Tais presunções, malgrado fortes, são relativas.[34]

Independentemente da **verdade biológica**, a lei presume que a maternidade é sempre certa, e que o marido da mãe é o pai de seus filhos. Trata-se de presunção tão antiga que é identificada por uma expressão latina: *pater is est quem nuptiae demonstrant.*[35] Ou seja, qualquer que seja a origem, o filho é do marido; certeza que induz (presume, pressupõe) a segurança para aqueles a quem se transferirá a propriedade privada em caso de sucessão. A doutrina do início do século identificava nessa regra (que, em verdade, institui juridicamente que a mulher jamais será infiel) a separação entre a família jurídica e a família natural.[36]

Essa verdade legal tem função pacificadora. Visa eliminar a incerteza do marido em relação aos filhos de sua esposa. Pai é aquele que o sistema jurídico define. A **filiação matrimonial** decorre de uma ficção jurídica: o pai sempre é o marido da mãe. Desse modo, os filhos de pais casados têm, e de pleno direito, estabelecidas a paternidade e a maternidade.[37] O momento da concepção define a filiação, certifica a paternidade e os direitos e deveres decorrentes.[38]

Mas o que a lei presume, de fato, nem é o estado de filiação, é a **fidelidade** da esposa ao seu marido. Com base no "dever" de fidelidade da mulher, e não na sua fidelidade "efetiva", é que se formou a regra *pater est.*[39] Presumida a fidelidade da mulher, a paternidade torna-se certa.[40] Com isso regula-se o nascimento de sucessores do patrimônio familiar. Há justificativas históricas para essa certeza. A mulher era obrigada a casar

33. Fernando Simões Filho, A prova na investigação de paternidade, 93.
34. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil, v. 5, 483.
35. Em tradução livre: pai é aquele que as núpcias demonstram.
36. Samir Namur, Autonomia privada para a constituição da família, 145.
37. Zeno Veloso, Direito brasileiro da filiação e da paternidade, 14.
38. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 48.
39. João Baptista Villela, O modelo constitucional da filiação:..., 128.
40. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, t. IX, 24.

virgem, não podia trabalhar, ficava confinada no lar cuidando do marido, a quem devia respeito e obediência. Claro que os seus filhos só podiam ser filhos do marido!

De forma absolutamente injustificada, a lei não estende a presunção de paternidade à **união estável**. Assim, a presunção *pater est* existiria somente no casamento. É difícil identificar a diferença entre dever de **fidelidade** que existe no casamento (CC 1.566 I) e dever de **lealdade** imposto à união estável (CC 1.724). Ainda que a referência legal seja à **constância do casamento**, a presunção de filiação, de paternidade e de maternidade deve aplicar-se à união estável.[41] Neste sentido, manifestou-se o STJ.[42] De qualquer modo, o Supremo Tribunal Federal[43] reconheceu a **absoluta igualdade** entre união estável e casamento, ao menos no que diz com o direito de concorrência sucessória. Os efeitos dessa decisão se espraiam a todo o sistema jurídico, pois o fundamento foi a proibição de tratamento discriminatório entre institutos que merecem a mesma proteção constitucional.

O **estado de certeza** decorrente de mera presunção da paternidade leva ao estabelecimento de prazos para aquém e para além da constância do casamento. Como entre a concepção e o nascimento decorre um período de cerca de nove meses, não descuidou o legislador de tal fato. São reconhecidos como concebidos na constância do casamento quem nasceu pelo menos **180 dias** (6 meses) depois da **celebração do matrimônio**

---

41. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 59.
42. [...] 2. O reconhecimento de filhos é ato irrevogável e irretratável, podendo apenas ser invalidado quanto configurados um dos motivos invalidantes dos negócios jurídicos. 3. Embora em princípio as pretensões anulatórias sujeitem-se ao prazo decadencial de quatro anos (CC, art. 178), as particularidades do presente caso não recomendam o enfrentamento puro e simples desse entendimento, já que, defendendo a agravante que, ao tempo de sua concepção, seus genitores conviviam maritalmente, não está afastada a observância do disposto no art. 1.601 do CCB (em face de sua aplicabilidade à união estável, segundo inteligência do STJ), que prevê a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade (em face da presunção *pater is est*). [...] Nesse contexto, verifica-se que, a decisão do Tribunal de origem, ao reconhecer a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade em razão da presunção de paternidade de filha concebida na constância de união estável, o fez em consonância com o entendimento deste STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação a teor do que dispõe a Súmula 83/STJ (STJ - AREsp 1.178.949/RS (2017/0249933-4), Rel. Des. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), p. 22/03/2018).
43. STF – Tema 809: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002. (RE 878694).

(CC 1.597 I). Igualmente o vínculo de filiação é estendido para além do fim do casamento. Presume-se filho do casal, se o nascimento ocorreu até **300 dias** (10 meses) subsequentes à dissolução da sociedade conjugal (CC 1.597 II). Buscando afastar qualquer dúvida quanto ao vínculo da paternidade, são estabelecidos limites que não correspondem às médias fixadas pela ciência.[44]

A lei estabelece como marco para a contagem do prazo a **dissolução da sociedade conjugal**. O que tem o condão de dissolver o casamento é a morte, a anulação do casamento e o divórcio, mas só a **morte** pode estabelecer o termo inicial do referido prazo. Nas demais hipóteses, há a necessidade de um provimento estatal. Ora, o fim da convivência não ocorre quando do **trânsito em julgado** da sentença que anulou o casamento ou decretou o divórcio. Este não pode ser o marco para começar a fluir o prazo para definir a paternidade por presunção.

É a **separação de fato** que sinaliza o fim da convivência ou, ao menos, gera a presunção da ausência de contatos sexuais e a possibilidade de ocorrência de gravidez. Aliás, é em face da presunção de paternidade que a lei só admite o novo casamento da mulher após 10 meses da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal (CC 1.523 II). Exclusivamente no caso de nascimento do filho, ou mediante a prova da inexistência da gravidez, pode ser dispensado o prazo (CC 1.523 parágrafo único).

Ocorrendo o casamento em período anterior, se o filho nascer antes de 300 dias, presume-se que o pai é o primeiro marido. Se nascer depois desse prazo, será considerado filho do novo cônjuge (CC 1.598). A matemática legal olvida-se de que há a possibilidade de, acabada a convivência, constituir a mulher união estável. Como o lapso da presunção (10 meses) é superior ao período médio da gravidez (9 meses), está mais do que na hora de estes obsoletos critérios serem abandonados.

A **inseminação artificial** gera a condição de filho por ficção legal. Principalmente em se tratando de **embriões excedentários**, vão por terra todos esses prazos. Assim, mesmo já existindo **modernas tecnologias** que permitem, com exatidão quase absoluta, a identificação do exame de DNA, nada mais justifica a insistência da lei em identificar filhos por meio de presunções.

Tratando-se de inseminação artificial **heteróloga**, a presunção de paternidade é absoluta e baseada exclusivamente na verdade afetiva. É reconhecida a filiação mesmo diante da certeza da inexistência do vínculo

44. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 48.

biológico. Como é utilizado material genético de doador anônimo, a verdade real deixou de ser pressuposto para o estabelecimento da paternidade.

A prova da **impotência do varão**, à época da concepção, fulmina a presunção de paternidade (CC 1.599). Tal dispositivo não dispõe de qualquer razão de ser. Modernas técnicas afastam cada vez mais a infertilidade e, no mundo pós-moderno, é descabido falar em impotência.[45] Toda a discussão sobre a alegação – ou até mesmo a prova – da impotência, quer para a **mantença de relações sexuais** (impotência *coeundi*), quer para **procriar** (impotência *generandi*), acaba se esvaziando. O exame de DNA traz grande dose de certeza. O seu resultado – quer positivo, quer negativo – praticamente não deixa espaço para maiores controvérsias. Assim, não tem sentido dita exceção à presunção legal da paternidade. Para excluir o pai presumido, não é necessária a prova de sua incapacidade procriativa, mas a prova da ausência do vínculo consanguíneo, já tão fácil de ser obtida por meio pericial.

Resiste a lei em superar as presunções que estabelece. Mesmo que a filiação decorra de mera presunção, não a afasta nem a **confissão de adultério da esposa** (CC 1.600). Não se pode deixar de reconhecer que se trata de regra de flagrante inconstitucionalidade, pois desatende ao princípio da isonomia, além de revelar injustificável conservadorismo e preconceito: simplesmente ignora a confissão de alguém pela sua condição de mulher. Aliás, trata-se de regra de todo dispensável, até porque a lei de processo – à qual compete regular o valor das provas – já nega validade à confissão nessa espécie de demanda (CPC 392): *não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.*

10.6. ESTADO DE FILIAÇÃO E ORIGEM GENÉTICA

De um lado existe a verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um **liame consanguíneo** entre duas pessoas. De outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: o estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano do pai e do filho, e que constitui o fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade.[46]

Essas realidades não se confundem nem conflitam. O direito de conhecer a ascendência familiar é um dos atributos do **direito de personalidade**:

45. Silmara Juny Chinellato, Comentários ao Código Civil, 63.

46. Paulo Lôbo, Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:..., 153.

direito à filiação. Uma coisa é vindicar o conhecimento da origem genética, outra é investigar a paternidade. Seu exercício não significa inserção em uma relação de família. Na **adoção**, modo expresso, é assegurado ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica (ECA 48).

A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem biológica.[47] Essa distinção começou a ser feita a partir do surgimento do exame do DNA, que permite identificar, de forma segura e nada invasiva, o vínculo genético.

Filiação é um **conceito relacional**: é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e que atribui reciprocamente direitos e deveres.[48] Na feliz expressão de Luiz Edson Fachin, a paternidade se faz, o vínculo de paternidade não é apenas um dado, tem a natureza de se deixar construir.[49] Dita realidade corresponde ao que se costuma chamar de **posse de estado de filho.** Esta noção não se estabelece com o nascimento, mas por ato de vontade, que se sedimenta no terreno da **afetividade**, colocando em xeque tanto a verdade jurídica quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação.[50]

A partir do momento em que o STF[51] equiparou a **filiação afetiva** à biológica, nas demandas em que é buscado o reconhecimento do vínculo de filiação, não mais importa questionar a existência ou inexistência de vínculo socioafetivo com o pai registral. De outro lado, em sede de contestação, não basta o réu comprovar vínculo afetivo do investigante com outrem. Tal não inviabiliza o reconhecimento da filiação biológica. Permite somente que conste o nome de ambos no registro de nascimento. É o que se chama de **multiparentalidade**, que pode ser reconhecida de ofício.

João Aguirre considera que o reconhecimento da multiparentalidade representa considerável avanço no ordenamento jurídico, posto traduzir o fim da lógica binária e excludente representada pelo confronto entre *paternidade biológica x socioafetiva*, alargando a acepção dos vínculos de parentesco.[52]

---

47. Idem, ibidem.
48. Idem, 135.
49. Luiz Edson Fachin, A tríplice paternidade dos filhos imaginários, 172.
50. Rolf Madaleno, Direito de família em pauta, 22.
51. STF – Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.
52. João Aguirre, Reflexões sobre a multiparentalidade..., 571.

Provimento do Conselho Nacional de Justiça[53] admite que se proceda, junto ao Cartório do Registro Civil, o registro voluntário de **filiação socioafetiva**, de quem tiver mais de 12 anos de idade. É indispensável a concordância dos pais registrais e o consentimento do filho para o reconhecimento da **multiparentalidade**. Somente é possível o registro de um **ascendente**: ou paterno ou materno. O expediente, com as provas da existência do vínculo socioafetivo, deve ser submetido ao Ministério Público. O registro depende do parecer ser favorável.

Questiona Márcia Fidelis o motivo de o ato normativo ter autorizado a **averbação** da filiação socioafetiva ao invés de ser estabelecida a paternidade no registro inicial do nascimento, quando constituído o vínculo de paternidade durante o período gestacional.

Cabe trazer a distinção dos atos registrais:

- **registro inicial** – é composto de todas as informações declaradas no momento de sua lavratura, devendo ser mencionadas no corpo do próprio registro;

- **averbação** – ato registral que permite fazer qualquer alteração no registro inicial em momento posterior à sua lavratura, sem que o conteúdo original seja invalidado, rasurado ou apagado fisicamente.

Assim, se já na declaração de nascimento é feito o reconhecimento da paternidade, não há que se falar em averbação para incluir esse elemento do registro no campo próprio da filiação, porque não é necessário averbar para modificar o que ainda está sendo lavrado.[54]

O registro da filiação socioafetiva com relação a mais de um ascendente depende de demanda judicial.

10.6.1. Biológica

Até hoje, quando se fala em filiação e em reconhecimento de filho, a referência é à verdade genética. Em juízo sempre foi buscada a chamada **verdade real**, sendo assim considerada a filiação decorrente do vínculo de **consanguinidade**. Mas alguns fenômenos romperam o princípio da origem biológica dos vínculos de parentalidade, que a lei consagra, a doutrina sempre sustentou e a jurisprudência vem acolhendo.

---

53. CNJ – Provimento 63/2017.

54. Márcia Fidelis, Os atos registrais da filiação socioafetivo..., 438.

O primeiro passo foi a família deixar de ser identificada pelo **casamento.** No momento em que se admitiram entidades familiares não matrimonializadas, passou-se a reconhecer a **afetividade** como elemento constitutivo da família. Essa mudança – verdadeira revolução – refletiu-se nas **relações parentais.** Com isso o **estado de filiação** desligou-se da verdade genética, relativizando o papel fundador da origem biológica. Como diz Paulo Lôbo, na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar.[55]

Outro acontecimento que produziu reflexos significativos nos vínculos parentais foram os avanços científicos, que culminaram com a descoberta dos **marcadores genéticos.** A possibilidade de identificar a filiação biológica por meio de singelo exame do DNA desencadeou o retorno ao Judiciário, na busca da "verdade real". Todos os que não tiveram a filiação reconhecida por ausência de prova voltaram à Justiça requerendo a realização da prova genética. Também quem foi declarado pai procurou desconstituir a decisão que não se baseou em prova genética. A imutabilidade da **coisa julgada** foi relativizada por decisão vinculante do STF.[56]

Por derradeiro, outra descoberta científica: o surgimento das **técnicas de reprodução assistida.** A possibilidade da gestação por substituição, por meio do uso de material genético de diferentes pessoas, pluralizou o próprio conceito de filiação. Existe mãe gestacional e mãe biológica. A doação anônima de material genético livrou genitores da responsabilidade parental.

Essas novidades provocaram consequências paradoxais. Nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, verdade passou a ter pouca valia frente à verdade afetiva. Tanto é assim que foi construída a diferença entre pai e genitor. **Pai** é o que cria, o que dá amor, e **genitor** é somente o que gera. Se durante muito tempo – por presunção legal ou por falta de conhecimentos científicos – confundiam-se essas duas figuras, hoje é possível identificá-las em pessoas distintas.

55. Paulo Lôbo, Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:.., 135.

56. STF – Tema 392: I – É possível a repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova; II – Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

10.6.2. Registral

Com o registro de nascimento constitui-se a parentalidade registral (CC 1.603), que goza de presunção de veracidade (CC 1.604). Prestigia a lei o **registro de nascimento** como meio de prova da filiação. O registro faz público o nascimento, tornando-o incontestável.[57] No entanto, essa não é a única forma de reconhecimento voluntário da paternidade. A **escritura pública**, o **escrito particular**, o **testamento** e a **declaração** manifestada em juízo também comprovam a filiação (CC 1.609). Trata-se de ato voluntário, que gera os deveres decorrentes do poder familiar.

Quem comparece perante o oficial do Registro Civil e se declara pai de um recém-nascido é assim reconhecido para todos os efeitos legais. O registro gera deveres e direitos: de convívio, de alimentos e direitos sucessórios.

Em face da **presunção da paternidade** dos filhos nascidos durante o casamento (CC 1.597), basta um dos pais, munido da certidão de casamento e da Declaração de Nascido Vivo (DNV), comparecer à serventia registral, com duas testemunhas, para ser lavrado o assento de nascimento. Caso os genitores não sejam casados, é necessária a presença de ambos no ato do registro. Comparecendo somente a mãe, se ela declinar o nome do pai, será desencadeado procedimento administrativo oficioso da paternidade (Lei 8.560/1992).

O registro apenas pode ser invalidado se houver **erro ou falsidade** (CC 1.604). Ainda assim, para haver a desconstituição da filiação é necessária a prova da inexistência do vínculo socioafetivo. O impedimento à busca de estado contrário ao que consta do registro não obstaculiza o direito fundamental de conhecer a origem genética. Trata-se de direito **imprescritível** (ECA 27). A só existência do registro não pode limitar o exercício do direito de buscar, a qualquer tempo, o reconhecimento da paternidade (CC 1.614). Assim, mesmo quem é registrado como filho de alguém não está inibido de intentar **investigatória de paternidade** para o reconhecimento do vínculo biológico.

A difundida prática de proceder ao registro de filho como próprio, a denominada "adoção à brasileira", não configura erro ou falsidade susceptível de ser anulada. Não cabe a alegação de erro quando a paternidade foi assumida de forma livre e voluntária. Enunciado das Jornadas do Conselho da Justiça Federal diz que o fato jurídico do nascimento compreende também a filiação socioafetiva.[58]

---

57. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 84.

58. JCJF – Enunciado 108: No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.

Em sede de filiação prestigia-se o **princípio da aparência**. Assim, na inexistência de registro ou defeito do termo de nascimento (CC 1.605), prevalece a **posse do estado de filho**, que se revela pela convivência familiar.

Não existindo paternidade registral, o registro tardio do filho que tem mais de 16 anos ou de filho maior de idade encontra-se regulamentado pelo CNJ, podendo ser feito em sede administrativa, perante o registro civil.[59]

10.7. REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Até o século passado a paternidade era linear, natural, tinha origem em um ato sexual, seguido da concepção e posterior nascimento. Tudo mudou, mas a legislação ainda reproduz este modelo.

A enorme evolução ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento de variadas técnicas de reprodução medicamente assistidas. Os avanços tecnológicos na área da reprodução humana emprestaram significativo relevo à **vontade**, fazendo ruir todo o sistema de presunções da paternidade, da maternidade e da filiação.[60] Ainda assim, presume a lei como concebidos na constância do casamento os filhos (CC 1.597):

III – *havidos por* ***fecundação artificial homóloga****, mesmo que falecido o marido*;

IV – *havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de* ***embriões excedentários****, decorrentes de concepção artificial homóloga*; e

V – *havidos por* ***inseminação artificial heteróloga****, desde que tenha prévia autorização do marido.*

Tímida foi a incursão do legislador, estabelecendo presunções de filiação somente nas hipóteses de **inseminação artificial**. Regulamentação tão acanhada encontra como justificativa não estar o tema suficientemente amadurecido, trazendo problemas altamente técnicos, que ficam mais bem acomodados em lei especial.[61]

As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" nada mais são do que **técnicas de reprodução assistida**.[62]

59. CNJ – Provimentos 16/2012, 28/2013 e 82/2019.
60. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A nova filiação, 215.
61. Miguel Reale, O projeto do Código Civil, 3.
62. JCJF – Enunciado 105: As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como "técnica de reprodução assistida".

São utilizadas em substituição à concepção natural, quando há dificuldade ou impossibilidade de um ou do par de gerar um filho. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de **reprodução assistida**.[63] Permite a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico.[64]

Chama-se de concepção **homóloga** a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Na inseminação **heteróloga**, a concepção acontece com material genético de doador anônimo e o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente. Sendo ela casada, se o marido consentiu com a prática, será ele o pai, por presunção legal.

O Conselho Federal de Medicina[65] regulamenta o uso destas técnicas e expressamente admite que sejam utilizadas por **casais homoafetivos**, caso em que não se exige a comprovação da esterilidade, uma vez que a infertilidade decorre da orientação sexual do casal. Enunciado do Conselho Nacional de Justiça admite o duplo registro.[66]

Os embriões concebidos por manipulação genética, e que não foram implantados, são chamados de **embriões excedentários**. De modo geral, no procedimento de fertilização são gerados vários embriões, e levadas a efeito diversas tentativas de concepção. Os embriões descartados e não utilizados permanecem armazenados na clínica que realiza o procedimento. As questões referentes aos embriões excedentários podem gerar delicados problemas sobre direito de personalidade, havendo o risco de serem reconhecidos como **nascituros** e sujeitos de direitos. Persiste acirrada a polêmica no âmbito da bioética e do biodireito. As controvérsias continuam, mesmo com a aprovação da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005). Ainda que seja permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de **células-tronco embrionárias** produzidas por fertilização *in vitro* e não

---

JCJF – Enunciado 257: Enunciado 257: As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial", constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.

63. Jussara Maria Leal de Meirelles, Filhos da reprodução assistida, 393.

64. Luiz Edson Fachin, Elementos críticos..., 229.

65. CFM– Resolução 2.168/2017.

66. CNJ – Enunciado 40: É admissível, no registro de nascimento de indivíduo gerado por reprodução assistida, a inclusão do nome de duas pessoas do mesmo sexo, como pais.

utilizadas no prazo de três anos depois do congelamento, é necessário o consentimento dos genitores, que nem sempre é colhida.

Nos procedimentos de fecundação assistida, que envolve material genético de mais de duas pessoas, por consenso, todos podem assumir a parentalidade do filho assim concebido. No entanto, o registro da **multiparentalidade** depende de reconhecimento judicial.

10.7.1. Homóloga

Na fecundação artificial homóloga, não há necessidade de autorização do marido. Claro que, quando a lei fala em marido, leia-se: "marido ou companheiro". O filho gerado é dele, que assume todos os encargos decorrentes do poder familiar.

O vínculo de paternidade se estabelece ainda que falecido o genitor. No entanto, quando ocorre o seu falecimento, a expressão legal "mesmo que falecido o marido" tem dado margem a inúmeros debates e discussões. Diz Guilherme Calmon Nogueira da Gama que o permissivo legal não significa que a prática da inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* seja autorizada ou estimulada.[67]

Os irmãos Figueiredo chamam a atenção de que a lei admite, de maneira aberta, a possibilidade de inseminação *post mortem*, sem qualquer tipo de exigência. Apesar disso, a doutrina limita sobremaneira esta prática. Interessante esta situação diante do princípio da legalidade (CR 5.º II).[68]

A exigência do Conselho Federal de Medicina[69] da autorização prévia e específica do marido autorizando a reprodução após sua morte não tem mais força do que a lei civil. Trata-se de norma de natureza ética que rege a atividade de uma determinada classe profissional. Não pode se sobrepor ao princípio da **autonomia da vontade**.

Mas talvez decorra daí a tendência da doutrina de reconhecer que, ainda que o cônjuge ou companheiro tenha fornecido o sêmen, não se presume o consentimento para a inseminação. Sem autorização expressa, os embriões devem ser **eliminados**, pois não se pode presumir que alguém

67. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A reprodução assistida heteróloga..., 270.
68. Luciano e Roberto Figueiredo, Manual de Direito Civil, 1.554.
69. CFM – Resolução 2.168/2017: VIII – É permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

queira ser pai depois de morto.[70] A viúva não pode exigir que a clínica lhe entregue o material genético que se encontra armazenado para que seja nela inseminado, por não se tratar de bem objeto de herança.[71] No mesmo sentido, enunciado das Jornadas da Justiça Federal.[72]

Com referência aos **direitos sucessórios**, é necessário atentar aos princípios que regem a transmissão da herança (CC 1.784 e 1.787). A capacidade para suceder é regulada pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão. O **filho concebido** tem direito à sucessão (CC 1.798), não podendo afastar-se tal direito em se tratando de concepção decorrente de inseminação artificial. Legitimam-se a suceder somente as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, até porque a lei põe a salvo os direitos do **nascituro** a partir da concepção (CC 2.º). Mas o que se discute é se o embrião fecundado no laboratório, e que aguarda, *in vitro*, a implantação no ventre materno, já se entende como **sujeito de direito**. Isto é, se o embrião ainda não implantado, chamado de **pré-implantatório**, tem direito de personalidade e direito à sucessão. No momento do falecimento do ex-cônjuge ou ex-companheiro, não há ainda sequer embrião.[73]

O tema se encontra longe de estar pacificado. Há quem sustente que a lei, ao falar em "pessoa já concebida", não distingue o *locus* da concepção e não impõe que esteja implantado, exigindo apenas e tão somente a concepção.[74] Outros afirmam que não há como deixar de reconhecer que a concepção a ser protegida é quando o embrião já se encontra no aparelho reprodutor da mãe. Somente a partir desse instante passam a ser resguardados seus direitos potenciais de nascituro.[75] Afinal, nascituro significa "o que há de nascer". Antes da implantação, o embrião excedentário não tem qualquer possibilidade de nascer, não sendo razoável considerá-lo como **nascituro** antes da transferência para o útero. Isso seria verdadeira

70. Silmara Juny Chinellato, Comentários ao Código Civil, 55.

71. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 51.

72. JCJF – Enunciado 106: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

73. Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, Fecundação artificial *post mortem*..., 171.

74. Silmara Juny Chinellato, Comentários ao Código Civil, 58.

75. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 51.

instrumentalização do ser embrionário, agravada na hipótese de eventuais vantagens patrimoniais.[76]

Cabe lembrar que a legislação não proíbe a inseminação *post mortem* e a Constituição consagra a igualdade entre os filhos. Não se pode, portanto, admitir que a legislação infraconstitucional restrinja o direito do filho assim concebido. Esta é a posição de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, que invoca ainda o princípio da liberdade e o direito ao planejamento familiar, ambos consagrados em sede constitucional. Com isso, reconhece plenos efeitos à inseminação artificial homóloga *post mortem* e amplos direitos sucessórios. A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno.[77]

De qualquer sorte, há a possibilidade de o filho fruto de reprodução assistida, quer homóloga, quer heteróloga, mesmo não concebido, ser contemplado mediante **testamento** (CC 1.799 I). Basta que nasça até dois anos após a abertura da sucessão (CC 1.800 § 4.º).

10.7.2. Heteróloga

A fecundação artificial heteróloga ocorre quando o marido ou o companheiro manifestam expressa concordância que sua mulher se submeta ao procedimento reprodutivo com a utilização de sêmen doado por terceira pessoa. O fornecedor do material genético é afastado da paternidade, estabelecendo-se uma **filiação legal**. É obrigatória a mantença do sigilo sobre a identidade dos doadores e dos receptores.[78] O consentimento não precisa ser por escrito, só necessita ser prévio.[79] A manifestação do cônjuge ou companheiro corresponde a uma **adoção antenatal**, pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai.[80] O pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade juridicamente qualificada.[81] Ao

76. Jussara Maria Leal de Meirelles, Filhos da reprodução assistida, 400.
77. Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, Fecundação artificial *post mortem*..., 190.
78. CFM – Resolução 2.168/2017.
79. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 53.
80. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A nova filiação..., 851.
81. JCJF – Enunciado 104: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de

contrário das demais hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção *juris et de jure*, pois a filiação não pode ser impugnada. Trata-se de **presunção absoluta** de **paternidade socioafetiva.**[82]

A paternidade constitui-se desde a concepção, no início da gravidez,[83] configurando hipótese de paternidade responsável.[84] Quem consente não pode impugnar a filiação. Se fosse admitida impugnação, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional do médico e ao anonimato do doador do sêmen.[85] Assim, de nada serve a prova da inexistência do vínculo biológico, e sequer precisa ser realizado exame de DNA.

Depois da implantação do óvulo, o consentimento não admite **retratação**, pois já se encontra em andamento a gestação. Mas a autorização não pode ter duração infinita, cabendo figurar a hipótese de divórcio ou fim da união estável. Separado o casal, é necessário reconhecer a possibilidade de revogação do consentimento, contanto que ocorra antes da implantação do embrião no ventre da mulher.[86]

A presunção da paternidade, que subsiste mesmo após o falecimento do marido (CC 1.597 III), é dos temas que tem gerado infindáveis dissídios na doutrina. Há quem exija que a mulher, para submeter-se ao procedimento de fecundação, se mantenha no estado de viúva. Tal exigência é absurda, além de não trazer a certeza de que ela não mantém relações sexuais com alguém. Também é preconceituosa e desnecessária, em face da segurança que desfruta o exame de DNA.

Enunciado das Jornadas do Conselho da Justiça Federal estabelece a distinção entre adoção e reprodução heteróloga. Ambas atribuem a condição de filho, mas na adoção há o desligamento do adotado com os parentes consanguíneos, e na reprodução assistida sequer é estabelecido

---

paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

82. Silmara Juny Chinellato, Comentários ao Código Civil, 47.

83. JCJF – Enunciado 570: O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga "a patre" consentida expressamente pelo companheiro, representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira.

84. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A reprodução assistida heteróloga..., 267.

85. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 380.

86. JCJF – Enunciado 107: Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

vínculo de parentesco com o doador do material genético.[87] Ainda assim, algumas regras sobre **adoção** cabem ser estendidas à procriação assistida heteróloga (ECA 41).[88]

Muito tem se questionado sobre a exigência do anonimato do doador, o que subtrai do filho o direito de conhecer sua ascendência genética. Assim, não há como negar a possibilidade de o fruto de reprodução assistida heteróloga propor ação **declaratória de ascendência genética** para a identificação da identidade genética, ainda que o acolhimento da ação não tenha efeitos registrais.[89]

O uso das **técnicas de reprodução assistida** popularizou a possibilidade do registro pluriparental. A participação de mais pessoas no processo procriativo autoriza o registro de todos os envolvidos no assento de nascimento, o que só vem em benefício de quem foi assim gerado. Terá mais de um pai ou mais de uma mãe. Ou seja, mais pessoas vão amá-lo e assumir mais responsabilidades frente a ele, que terá direitos iguais frente a todos. Havendo a concordância de todos, a alteração pode ser levada a efeito diretamente no registro civil.[90]

10.7.3. Gestação por substituição

Gestação por conta de outrem, maternidade por substituição ou por sub-rogação são expressões que nada mais significam do que a conhecida **barriga de aluguel**. Apesar de o Conselho Federal de Medicina estabelecer que a cessão temporária do útero não poderá ter **caráter lucrativo ou comercial**,[91] é possível contratar o pagamento pela prática deste serviço. Normas éticas a determinada categoria profissional não são lei. Vinculam somente o segmento ao qual se destinam.

De outro lado, não se trata da comercialização de órgão, tecido ou substância, o que é vedada constitucionalmente (CR 199 § 4.º). A ges-

---

87. JCJF – Enunciado 111: A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.
88. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A reprodução assistida heteróloga..., 269.
89. Wania Andréa Campos e Luciana Figueiredo, O direito à busca da origem genética..., 358.
90. CNJ – Provimento 63/2017.
91. CFM – Resolução 2.168/2017.

tante nada vende, somente empresta seu útero. Também não se trata de comercialização da criança, avença que seria **nula**, por ilicitude de seu objeto (CC 104 II). Igualmente não há **ilícito penal**, pois não se trata de dar parto alheio como próprio e registrar como seu filho de outrem (CP 242).Trata-se nada mais do que um **negócio jurídico** de comportamento, assumindo a gestante uma obrigação de fazer que culmina com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho. De qualquer modo, nada impede que durante o período gestacional a mãe hospedeira receba contraprestação a título de **alimentos gravídicos**. Afinal, a gestação tem seus custos.[92]

Apesar deste verdadeiro arsenal de vedações, nada justifica negar a possibilidade de ser **remunerada** quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades e limitações de toda ordem. E, como bem lembra Rodrigo da Cunha Pereira, se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado.[93] De qualquer forma, nunca se questionou o fato de o procedimento de inseminação ser pago, e bem pago.

A Resolução do CFM admite a cessão temporária do útero desde que a cedente seja parente até o quarto grau (ou seja, até prima) da mãe genética. Apesar da omissão da norma regulamentadora, é de se admitir que também parentes por afinidade (sogra ou cunhada) possam ceder o útero. Absurda a necessidade de autorização do CFM. Sem qualquer prova a ser produzida, a chancela é absolutamente inócua. Não há como provar a inexistência de parentes em idade reprodutiva. Muito menos a negativa de se submeterem a gestação. Assim, nada o CFM pode fazer, a não ser autorizar.

A possibilidade do uso de útero alheio elimina a presunção *mater semper certa est*,[94] que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência, também cai por terra a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Assim, quem dá à luz não é a mãe biológica, e, como o filho não tem sua carga biológica, poderia ser considerada, na classificação legal (CC 1.593), como "mãe civil".[95] À vista da hipótese cada vez menos rara da maternidade por substituição, o que se pode afirmar é que a *gestatriz é sempre certa*.[96]

---

92. Luciano e Roberto Figueiredo, Manual de Direito Civil, 1.547.
93. Rodrigo da Cunha Pereira, Barriga de aluguel: o corpo como capital.
94. Em tradução livre: a mãe é sempre certa.
95. Silmara Juny Chinellato, Comentários ao Código Civil, 35.
96. João Baptista Villela, Procriação, paternidade e alimentos, 146.

Nas hipóteses de gravidez por substituição, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a Declaração de Nascido Vivo – DNV, o registro do nascimento pode ser feito no nome de quem desejou o filho. Inclusive, pode acontecer de nenhum deles serem pais biológicos.

Quando a técnica procriativa é utilizada por **lésbicas**, de forma cada vez mais frequente, uma gesta o óvulo da companheira que foi fecundado em laboratório. Neste caso, não há que falar em gravidez por substituição, mas em **dupla maternidade**, cujo registro pode ser requerido diretamente junto ao Cartório do Registro Civil. O Conselho Nacional de Justiça expediu provimento assegurando este direito e vedando aos oficiais do Registro Civil de se negarem a proceder o registro.[97]

10.8. CONTRATO DE GERAÇÃO DE FILHO

Pode acontecer: duas pessoas pretenderem ter um filho, sem quererem ter um par. Querem que o filho tenha um pai e uma mãe, e que conviva com ambos. É possível? Sim. Esta foi a resposta de Rodrigo da Cunha Pereira a um homem e uma mulher que o procuraram desejando exatamente isso, mas querendo ter segurança que a avença fosse respeitada pelo outro.

Constitui-se assim uma **parentalidade compartilhada**. É feita uma parceria, pela via contratual, formando-se uma **família parental**, que não se confunde com a família conjugal.

Concebem o filho que é registrado em nome de ambos, sem que eles mantenham qualquer vínculo de natureza amorosa ou sexual.[98]

Estas parcerias parentais não estão regulamentadas por leis, entretanto já existem. Inclusive há sites em que alguém se oferece para compartilhar a paternidade ou a maternidade.[99]

10.9. HOMOPARENTAL

Apesar da ideologia da família patriarcal, não é requisito indispensável para haver uma família que ela seja constituída por um homem e uma mulher, um pai e uma mãe. Não se pode fechar os olhos e acreditar que os casais de pessoas do mesmo sexo, por não disporem de **capacidade re-**

97. CNJ – Provimento 52/2016.
98. Rodrigo da Cunha Pereira, Dicionário de Direito de Família e Sucessões, 184.
99. Rodrigo da Cunha Pereira, As novas estruturas parentais e conjugais, 37.

produtiva, simplesmente não têm filhos. Essas uniões, que passaram a ser chamadas de **homoafetivas**, constituem-se da mesma forma que as uniões heteroafetivas: por um vínculo de afetividade.

São variadas as situações que constituem famílias homoparentais.

O genitor que ficou com a guarda dos filhos assume sua orientação homossexual. Ele e o **companheiro** passam a exercer de forma conjunta as **funções parentais**. Inquestionável que a convivência gera a **posse do estado de filho:** vínculo de afinidade e afetividade, requisitos para o reconhecimento da **filiação socioafetiva**. Aliás, este é o fundamento da chamada **adoção unilateral** (ECA 41 § 1.º) e uma das hipóteses que dispensa o cadastramento do adotante (ECA 50 § 13 I). Não pode ser diferente, sob pena de não se poder cobrar **responsabilidades** nem fazer valer quaisquer **direitos** com relação a quem, de fato, também exerce o poder familiar.

A partir de decisões judiciais, homossexuais e casais homoafetivos são inscritos no Cadastro Nacional da **Adoção**, e adotam filhos.[100]

É cada vez mais comum homossexuais fazerem uso das técnicas de **reprodução assistida**. Nesta hipótese, mais uma pessoa participa do processo procriativo, seja fornecendo material genético, seja cedendo o útero, na gestação por substituição. Chamada popularmente de **barriga de aluguel**, é uma expressão tida por politicamente incorreta. A proibição de pagamento é para lá de injustificável, até porque os médicos e as clínicas de fertilização são remunerados.

O Conselho Federal de Medicina[101] expressamente autoriza o uso das técnicas de reprodução assistida aos casais homoafetivos. Como a decisão de ter filhos é do casal, é necessário assegurar, quer aos gays, quer às lésbicas, o direito de proceder ao **registro dos filhos** no nome de ambos. Provimento do CNJ[102] regulamenta o registro de nascimento dos filhos gerados por reprodução assistida, diretamente junto ao Cartório do Registro Civil, sem a necessidade de ser proposta ação judicial. No entanto, é necessário que a fertilização tenha sido levada a efeito por clínica especializada, devendo a participante autorizar que o registro não seja feito em nome de quem consta na Declaração de Nascido Vivo – DNV.[103]

---

100. Decisões disponíveis no site: www.direitohomoafetivo.com.br.

101. CFM – Resolução 2.117/2017.

102. CNJ – Provimento 52/2016.

103. Lei 12.662/2012.

No entanto, não se pode desconhecer que inúmeras vezes – até por questões de ordem econômica – as inseminações são levadas a efeito pelos envolvidos. É a chamada **autoinseminação.** Como não há um ato médico, não há como exigir o termo de consentimento. Assim, não há como impor aos genitores que promovam uma ação judicial para formalizarem o registro de nascimento.[104]

Reconhecida a existência da filiação afetiva do filho concebido por inseminação artificial, por desejo de ambos os parceiros, no caso de separação do casal, persiste o **direito de convivência** do genitor mesmo que o nome dele não conste do registro de nascimento, mas com relação ao qual desfruta o filho da posse do estado.

10.10. POSSE DO ESTADO DE FILHO

Quando alguém desfruta de situação jurídica que não corresponde à verdade, detém o que se chama de **posse de estado.** Em se tratando de vínculo de filiação, quem assim se considera desfruta da posse de estado de filho, ou de **estado de filho afetivo.**[105] Fabíola Lôbo traz a noção de **posse de estado de pai**, que exprime reciprocidade com a posse de estado de filho: uma não existe sem a outra.[106] A aparência faz com que todos acreditem existir situação não verdadeira, fato que não pode ser desprezado pelo direito. A **tutela da aparência** acaba emprestando juridicidade a manifestações exteriores de uma realidade que não existe.

A noção de posse de estado não se estabelece com o nascimento, mas por **ato de vontade**, que se sedimenta no terreno da **afetividade**, colocando em xeque tanto a verdade jurídica quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação.[107]

A **filiação socioafetiva** assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto. A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A maternidade e a paternidade biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata

104. IBDFAM – Enunciado 12: É possível o registro de nascimento dos filhos de casais homoafetivos, havidos de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil.
105. Belmiro Pedro Welter, Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial, 66.
106. Fabíola Lôbo, Adoção à brasileira e a verdade do registro civil, 355.
107. Rolf Madaleno, Direito de família em pauta, 22.

e cuida dela, lhe dá amor e participa de sua vida.[108] A afeição tem valor jurídico.[109] Na medida em que se reconhece que a paternidade se constitui pelo fato, a posse do estado de filho pode entrar em conflito com a presunção *pater est*. E, no embate entre o fato e a lei, a presunção precisa ceder espaço ao afeto.[110]

Para o reconhecimento da posse do estado de filho, a doutrina atenta a três aspectos:

- *tractatus* – quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe;
- *nominatio* – usa o nome da família e assim se apresenta; e
- *reputatio* – é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais.

Confere-se à aparência os efeitos de verossimilhança que o direito considera satisfatória.[111]

10.11. SOCIOAFETIVA

A filiação que resulta da posse do estado de filho constitui uma das modalidades de **parentesco civil** de "**outra origem**", previstas na lei (CC 1.593): **origem afetiva**. A filiação socioafetiva corresponde à verdade construída pela **convivência** e assegura o direito à filiação. Como afirma Rodrigo da Cunha Pereira, a socioafetividade e a multiparentalidade quebraram o paradigma jurídico de que só se pode ter um pai e uma mãe. A construção desses conceitos tem origem doutrinária, a partir da observação dos costumes, que é a principal fonte do Direito.[112]

A consagração da afetividade como direito fundamental subtrai a resistência em admitir a igualdade entre a **filiação biológica e socioafetiva**.[113]

É a convivência entre pais e filhos que caracteriza a paternidade, e não o elo biológico ou o decorrente de presunção legal. Constituído o vínculo de parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se

108. Julie Cristine Delinski, O novo direito da filiação, 96.
109. Zeno Veloso, Direito brasileiro da filiação e da paternidade, 36.
110. Mauro Nicolau Jr., Coisa julgada ou DNA negativo:..., 122.
111. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 95.
112. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito das Famílias, 377.
113. Belmiro Pedro Welter, Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial, 64.

a situação que preserva o elo da **afetividade**. Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai, desempenha a função de pai. É uma espécie de **adoção de fato**. É aquele que, ao dar abrigo, carinho, educação, amor ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam.[114]

Em matéria de filiação, a **verdade real** é o fato de o filho gozar da **posse de estado**. Esta é a prova do vínculo parental. Não é outro o fundamento que veda a desconstituição do registro de nascimento feito de forma espontânea por aquele que, mesmo sabendo não ser o pai consanguíneo, tem o filho como seu.[115] A chamada **"adoção à brasileira"** também constituiu uma filiação socioafetiva. Registrar filho alheio como próprio configura **delito contra o estado de filiação** (CP 242), mas nem por isso deixa de produzir efeitos, não podendo gerar irresponsabilidades ou impunidades. Como foi o envolvimento afetivo que gerou a posse do estado de filho, o rompimento da convivência não apaga o vínculo de filiação que não pode ser desconstituído. Assim, se, depois do registro, separam-se os pais, não desaparece o vínculo de parentalidade. Não há como desconstituir o registro.

O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhes são inerentes.[116] O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se o filho é **menor de idade**, com fundamento no **princípio do melhor interesse** da criança e do adolescente; se **maior**, por força do **princípio da dignidade humana**, que não admite um parentesco restrito ou de "segunda classe". O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos.[117]

---

114. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil: Família, 120.

115. JCJF – Enunciado 519: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

116. IBDFAM – Enunciado 06: Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental.
IBDFAM – Enunciado 33: O reconhecimento da filiação socioafetiva ou da multiparentalidade gera efeitos jurídicos sucessórios, sendo certo que o filho faz jus às heranças, assim como os genitores, de forma recíproca, bem como dos respectivos ascendentes e parentes, tanto por direito próprio como por representação.

117. Heloisa Helena Barboza, Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo, 32.

A filiação socioafetiva funda-se na **cláusula geral de tutela da personalidade humana**, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade. O princípio da **boa-fé objetiva** e a proibição de **comportamento contraditório** referendam o prestígio de que desfruta a filiação socioafetiva, que dispõe de um **viés ético**.

A busca do reconhecimento da parentalidade socioafetiva pode ocorrer após a morte do genitor. Mesmo que o autor tenha pai registral, não impede que haja o reconhecimento da filiação socioafetivo com a declaração de multiparentalidade.

A **ação de reconhecimento de filiação socioafetiva *post mortem*** não pode ser confundida com a **adoção póstuma**. Ainda reina enorme confusão em sede jurisprudencial, mas as situações são bem distintas.

A **adoção póstuma** exige dois pressupostos (ECA 42 § 6.º):

- que a ação de adoção já tenha sido **proposta** pelo adotante antes de sua morte; e
- que ele tenha manifestado de forma inequívoca a **intenção** de adotar.

A jurisprudência relativizou a exigência da prévia propositura da ação. Basta a comprovação de que, em algum momento antes de morrer, tenha ele afirmado o desejo de adotar.[118]

Esta hipótese não cabe ser confundida com a busca do reconhecimento do vínculo de **filiação socioafetiva *post mortem***. Nesta ação, para o estabelecimento do vínculo parental, é suficiente a prova da **posse do estado** de filho. Não é exigida a manifestação da intenção de adotar. Até porque, vez por outra, tal possibilidade é descabida. Basta atentar à hipótese enfrentada pela justiça goiana. Quando da morte do cunhado, a viúva e a filha de tenra idade foram morar com o irmão da mãe. O tio sempre desempenhou todos os encargos parentais. Ou seja, a sobrinha foi criada como filha, sem que se pudesse exigir manifestação do desejo de adotá-la.

---

118. Agravo interno no recurso especial. Adoção póstuma. Inequívoca vontade. [...] 2. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral (art. 1º da Lei 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. 3. É possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo que o adotante não tenha dado início ao processo formal, desde que presente a inequívoca vontade para tanto. [...] 5. Agravo interno não provido. (STJ – AgInt no REsp 1.667.105/RJ (2016/0078594-6), 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14/10/2019).

Não havia como adotar a sobrinha, pois o registro iria retratar uma relação incestuosa entre os irmãos.[119]

Provimento do CNJ dispõe sobre o reconhecimento voluntário e averbação da paternidade e maternidade socioafetiva, requerida consensualmente, diretamente no registro civil, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. A formalização deste vínculo filial diretamente nas serventias permite que a afetividade chegue até os balcões dos cartórios, o que representa um estágio significativo do seu percurso.[120]

10.12. MULTIPARENTALIDADE

O afeto, elemento identificador das entidades familiares, passou a servir de parâmetro também para a definição dos vínculos parentais. Se de um lado existe a verdade biológica, de outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: a filiação socioafetiva, que não necessariamente substitui o registro biológico. Se mais pessoas são identificadas como pai ou como mãe, impositivo o reconhecimento jurídico desta verdade da vida.

A multiparentalidade passou a ser chancelada pela Justiça a partir do reconhecimento de que a parentalidade não tem origem exclusivamente no vínculo biológico. A **filiação socioafetiva** é reconhecida, inclusive,

---

119. Ação declaratória de reconhecimento de filiação socioafetiva *post mortem*. [...] Posse no estado de filho. Parentesco civil. Relação socioafetiva. Configuração. I. Não há que falar em fraude processual se não restou comprovado a colusão das partes para alcançar um fim ilícito. II. A posse de estado de filho de quem nesta condição permaneceu autoriza o reconhecimento da adoção póstuma, perante aquele que também em circunstâncias tais sempre o concebeu, à luz da socioafetividade que orienta o atual Direito de Família. III. Restou demonstrado nos autos que o *de cujus* não apenas tratava a autora publicamente como filha, como externava a condição de pai e filha. IV. Há de ser reconhecida a filiação socioafetiva pós mortem da autora que comprovou a posse do estado de filha, há mais de 45 (quarenta e cinco) anos, com o falecido xxxx. V. O fato de não haver prova escrita ou início de procedimento anterior à morte do de cujus não traduz impossibilidade do aludido reconhecimento porquanto presentes os requisitos legais, tais como ■ posse de estado de filho e conhecimento público dessa relação, que somente não formalizou o registro, em razão de preconceito da época, por ser a autora filha da irmã do de cujus. VI. Não tendo ■ requerida/apelante se desincumbido de desconstituir ■ prova testemunhal produzida em juízo, conforme ônus processual previsto no art. 333, inc. II, do CPC, impõe a manutenção da sentença singular. Recurso de apelação cível conhecido mas improvido. (TJGO – AC 0048427.40.2015.8.09.0175, Rel. Des. Amélia Martins de Araújo, j. 30/10/2018).

120. Ricardo Calderón e Gabriele Bortolan Toazza, Filiação socioafetivo: ...

como prevalente. O tema foi aceito como de repercussão geral pelo STF.[121] E é objeto de enunciado do IBDFAM.[122] Admitido que a parentalidade socioafetiva pode coexistir com a biológica, foi aberto o caminho para o reconhecimento da multiparentalidade, de modo a melhor contemplar a relação fática existente. Do mesmo modo, na reprodução assistida. A participação de mais pessoas no processo procriativo torna possível que todos os envolvidos sejam pais. Tal ocorre, de modo mais frequente, nas relações homoafetivas.

Já sinalizou o STJ que não pode passar despercebida pelo direito a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental, compreendida como expressão da realidade social.[123] A razão de existir

---

121. STF – Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

122. IBDFAM – Enunciado 9: A multiparentalidade gera efeitos jurídicos.

123. Recurso especial. Direito de família. União homoafetiva. Reprodução assistida. Dupla paternidade ou adoção unilateral. Desligamento dos vínculos com doador do material fecundante. Conceito legal de parentesco e filiação. Precedente da Suprema Corte admitindo a multiparentalidade. Extrajudicicialização da efetividade do direito declarado pelo precedente vinculante do STF atendido pelo CNJ. Melhor interesse da criança. Possibilidade de registro simultâneo do pai biológico e do pai socioafetivo no assento de nascimento. Concreção do princípio do melhor interesse da criança. 1. Pretensão de inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida sem a destituição de poder familiar reconhecido em favor do pai biológico. 2. "A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante." (Enunciado n. 111 da Primeira Jornada de Direito Civil). 3. A doadora do material genético, no caso, não estabeleceu qualquer vínculo com a criança, tendo expressamente renunciado ao poder familiar. 4. Inocorrência de hipótese de adoção, pois não se pretende o desligamento do vínculo com o pai biológico, que reconheceu a paternidade no registro civil de nascimento da criança. 5. A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito "ou outra origem" do art. 1.593 do Código Civil. 6. Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança. 7. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento RE 898.060/SC, enfrentou, em sede de repercussão geral, os efeitos da paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, permitindo implicitamente o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseada na origem biológica. 8. O Conselho Nacional de Justiça, mediante o Provimento n. 63, de novembro de 2017, alinhado ao precedente vinculante da Suprema Corte, estabeleceu previsões

deste precedente está centrada em dois pontos. Na inexistência *a priori* de uma paternidade principal e outra de "segunda categoria" e na ausência de uma hierarquia entre elas. O segundo aspecto diz respeito à percepção da multiparentalidade como possibilidade jurídica.[124] Para o reconhecimento da filiação multiparental ou pluriparental, basta flagrar a presença do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. Assim explica Ricardo Calderón sobre a situação de multiparentalidade: o "pai socioafetivo" não é o ascendente genético, o que significa que o filho terá um "pai socioafetivo" e outro "biológico"; duas figuras paternas com duas espécies distantes de vínculos. Isso leva à possibilidade de que esse filho pretenda ver reconhecida judicialmente a paternidade biológica, sem abrir mão da paternidade socioafetiva que já possui, mantendo as duas paternidades concomitantemente, lado a lado.[125]

A pluriparentalidade é reconhecida sob o prisma do filho, que passa a ter dois ou mais pais. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos ou apenas afetivos, mais do que apenas um direito, é uma **obrigação constitucional** reconhecê-los. Não há outra forma de preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo no que diz respeito à dignidade e à afetividade. O direito de uma criança ou adolescente ter retratado em seu assento de nascimento o espelho de sua família constitui elemento essencial para a formação e desenvolvimento de sua identidade pessoal, familiar e social. Sua identificação no mundo é indissociável daqueles que fazem parte da sua história, dos quais carrega o DNA em sua alma.[126]

No dizer de Belmiro Welter, não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, que fazem parte da trajetória da vida humana, é negar a existência tridimensional do ser humano, pelo que se devem manter incólumes as duas paternidades.[127] De outro lado, as possibilidades de **concepção geneticamente assistidas** contam com a participação de mais pessoas no processo reprodutivo. Quer os doadores de material genético, quer quem gesta em substituição e acaba por dar à luz, todos podem criar vínculos com a criança que nasce com sua interferência. Assim, não mais cabe dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. É possível ter vários pais.

---

normativas que tornariam desnecessário o presente litígio. 9. Reconhecimento expresso pelo acórdão recorrido de que o melhor interesse da criança foi assegurado. 10. Recurso especial desprovido (STJ – REsp 1.608.005/SC (2016/0160766-4), 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 14/05/2019).

124. Ana Carla Hamatiuk Matos e Gabriel Percegone Santos, Efetividade dos alimentos..., 38.

125. Ricardo Calderón, Princípio da afetividade no direito de família, 212.

126. Maria Berenice Dias e Marta Oppermann, Multiparentalidade:..., 17.

127. Belmiro Pedro Welter, Teoria tridimensional do Direito de Família, 230.

No âmbito da ação investigatória de paternidade, em que o genitor busca o reconhecimento do vínculo biológico, comprovado o vínculo de filiação socioafetiva com o pai registral, possível o reconhecimento da judicial multiparentalidade. Não se trata de decisão surpresa (CPC 10) nem ocorre transbordamento dos limites da demanda.

Identificada a **pluriparentalidade** ou **multiparentalidade**, é necessário reconhecer a existência de vários vínculos de filiação. Pais – sejam eles quantos forem – devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, desfrutando o filho de direitos com relação a todos. E a presença de dois pais ou de mais de uma mãe garante todos os direitos com relação a todos eles. Não só no âmbito do Direito das Famílias, mas também em sede sucessória.[128]

O Código Civil, no art. 1.593, acolhe a noção de que há parentesco civil no vínculo parental proveniente da paternidade socioafetiva, que é consolidada pelo conhecimento de todos (exteriorização) e tempo (estabilidade). O filho desfruta de uma verdade social que não corresponde à situação jurídica, sendo que essa aparência pode gerar direitos e obrigações. A posse de estado de filho não se estabelece com um fato, como o nascimento, mas na manifestação reiterada de vontade.[129]

Comprovado que o filho dispõe da **posse de estado de filho** com relação a mais de duas pessoas, todos são pais, devendo cada qual assumir os encargos decorrentes do poder familiar: direito de convivência, obrigação alimentar e direito sucessório em relação a todos os ascendentes.[130]

---

128. Ação de investigação de paternidade *post mortem*. Exame de DNA comprovando a paternidade biológica. Pedido de petição de herança. Paternidade socioafetiva concomitante ao reconhecimento de vínculo biológico. Pluriparentalidade. [...] O exame de DNA foi preciso ao demonstrar o vínculo biológico entre o autor e o de cujus. Deve ser incluído concomitantemente ao nome do pai socioafetivo, os dados do pai biológico na certidão de nascimento do autor. Conforme o RE 898060, STF, de relatoria do Min. Luiz Fux: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. O autor é filho biológico e, por consequência, herdeiro do *de cujus*. Apelo parcialmente provido. Unânime (TJRS, AC 70072947419, 8ª C. Civ., Rel. Ivan Leomar Bruxel, j. 22/03/2018).

129. Érica Barbosa e Silva, Primeiras impressões sobre o Provimento 83 do CNJ...

130. CJF – Enunciado 632: Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos.
IBDFAM – Enunciado 29: Em havendo o reconhecimento da multiparentalidade, é possível a cumulação da parentalidade socioafetiva e da biológica no registro civil.

Esta realidade da vida deve ser retratada no **registro de nascimento.** Reconhecida registralmente a multiparentalidade, não há impedimento legal de o nome do filho ser composto pelo nome de família de todos os genitores. A Lei dos Registros Públicos não impede (LRP 54). Como não há a exigência de que alguém ostente os apelidos de família de todos os genitores, a contrário senso também não há impossibilidade de que se ostente o nome de todos os genitores, mesmo que sejam eles mais de dois.[131]

Provimento do Conselho Nacional de Justiça[132] acabou por deixar no limbo um número enorme de crianças, pois faculta o reconhecimento voluntário, diretamente junto ao Cartório do Registro Civil, da **parentalidade socioafetiva** somente de quem tiver mais de 12 anos de idade.

Para o reconhecimento extrajudicial da parentalidade de caráter socioafetivo de maiores de 18 anos, basta a concordância das partes. Não há a necessidade da manifestação dos pais biológicos, eis o filho não estar mais sujeito ao poder familiar.

É indispensável a concordância dos pais registrais e o consentimento do filho.

Somente é possível o registro de um **ascendente**, ou paterno ou materno.

O registro de filiação socioafetiva com relação a mais de um ascendente depende de demanda judicial.

LEITURA COMPLEMENTAR

AGUIRRE, João. Reflexões sobre a multiparentalidade e a repercussão geral 622 do STF. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 541-578.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:* efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014.

IBDFAM – Enunciado 33: O reconhecimento da filiação socioafetiva ou da multiparentalidade gera efeitos jurídicos sucessórios, sendo certo que o filho faz jus às heranças, assim como os genitores, de forma recíproca, bem como dos respectivos ascendentes e parentes, tanto por direito próprio como por representação.

131. Mauricio Cavallazzi Póvoas, Multiparentalidade:..., 114.

132. CNJ – Provimento 63/2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. Multiparentalidade – equiparação ou prevalência da filiação socioafetiva com relação à biológica? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 201-224.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do Afeto*: questões jurídicas. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*: filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2009.

LIMA, Márcia Fidelis. Os atos registrais da filiação socioafetiva e os avanços do provimento n. 63 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 427-446.

11

RECONHECIMENTO DOS FILHOS

Sumário: 11.1. Distinções legais – **11.2.** Reconhecimento voluntário: **11.2.1** Legitimidade; **11.2.2** Capacidade – **11.3** Formas – **11.4** Consentimento – **11.5** Impugnação – Leitura complementar.

Referências legais: CR 227 § 6.º; CC 1.607 a 1.617; Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) 26 parágrafo único; Lei 8.560/1992; CNJ – Provimentos 12/2010, 16/2012 e 63/2017.

11.1. DISTINÇÕES LEGAIS

A Constituição da República **proíbe** qualquer **designação discriminatória** relativa à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (CR 227 § 6.º). Assim, indispensável que o Código Civil abandonasse a velha diferenciação dos filhos pelo fato de terem nascido na constância do casamento ou serem fruto de relações extramatrimoniais. No entanto, trata-os separadamente. No capítulo "**Da filiação**" (CC 1.596 a 1.606) fala dos filhos matrimoniais. Aos filhos havidos fora do casamento dedica o capítulo "**Do reconhecimento dos filhos**" (CC 1.607 a 1.617).

Depois de repetir a regra da igualdade constitucional (CC 1.596), o Código Civil retroage cem anos ao reproduzir institutos totalmente ultrapassados. Quando trata de filiação no casamento, define a paternidade com base em **presunções**. Uma ficção jurídica tão antiga que é definida em latim: *pater is est:* o pai sempre é o marido da mãe. Nada mais do que presunção de fidelidade da mulher ao seu marido!

Já a paternidade do **filho extramatrimonial** se opera via reconhecimento voluntário ou por sentença judicial em ação investigatória de

paternidade.[1] Ou seja, é o ato de reconhecimento do filho que estabelece o parentesco entre pai e mãe não casados. Na verdade, conforme Silvio Venosa, enquanto não houver o reconhecimento, a filiação biológica é estranha ao Direito.[2]

No entanto, os filhos fruto de **inseminação artificial heteróloga**, em que o sêmen é de doador anônimo, dispõem da condição de filho por deliberação legal (CC 1.597 V).

11.2. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO

Somente os filhos havidos no **casamento** não precisam ser reconhecidos, pois gozam da **presunção legal** de serem filhos dos cônjuges. Apesar de a **união estável** ter *status* de entidade familiar, merecedora da tutela do Estado, os filhos precisam ser reconhecidos. Pacífica a doutrina em afirmar que não há presunção legal da paternidade, nem mesmo se os genitores viverem em longa união estável.[3] Porém, havendo **prova pré-constituída** da união, como contrato de convivência ou decisão judicial declarando sua vigência no período coincidente com a época da concepção, é imperioso admitir dita presunção. Não se pode desprezar uma sentença de união estável e lhe emprestar menos valor do que a uma certidão de casamento.

O reconhecimento espontâneo ou judicial do filho tem **eficácia declaratória**, constatando uma situação preexistente.[4] Isto é, tem efeito *ex tunc*, retroagindo à data da concepção.

É possível o reconhecimento **antes do nascimento**, não sem condicionar o reconhecimento à sobrevivência do **nascituro**. Como a lei resguarda seus direitos (CC 2.º). Com receio de falecer antes do nascimento do filho já concebido, pode o genitor não esperar o nascimento para reconhecê-lo. Mesmo que o filho nasça sem vida, o reconhecimento existiu e foi válido, devendo proceder-se ao registro do seu nascimento (LRP 53).

O reconhecimento **voluntário** da paternidade não depende da prova da origem genética. É um ato **espontâneo, solene, público** e **incondicional**. Como gera o estado de filiação, é **irretratável** e **indisponível**. Não pode estar sujeito a **termo**, sendo descabido o estabelecimento de qualquer **condição**

1. Julie Cristine Delenski, O novo direito da filiação, 24.
2. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 304.
3. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 318.
4. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 307.

(CC 1.613). É ato **livre, pessoal, irrevogável** e de **eficácia** *erga omnes*.[5] Não é um negócio jurídico, é um **ato jurídico *stricto sensu***. Assim, inadmissível **arrependimento**. O pai é livre para manifestar sua vontade, mas os efeitos do reconhecimento são os estabelecidos na lei. Ele não pode impugnar a paternidade depois, a não ser na hipótese de **erro** ou **falsidade do registro**.

Ainda que seja um ato **personalíssimo** do declarante, admissível que o registro seja levado a efeito por **procurador com poderes especiais** (LRP 59). A procuração pode ser outorgada por instrumento público ou particular.

Também pode ocorrer na via administrativa, por registro tardio, mediante a presença de todos e de duas testemunhas.

É possível o reconhecimento do filho posteriormente ao seu **falecimento**, se ele deixou **descendente** (CC 1.609 parágrafo único e ECA 26 parágrafo único). Ou seja, o filho precisa ter **sucessores**. A exigência se explica, porque poderia facilmente dar margem a fraudes. Falecendo alguém sem pai registral, qualquer um que o reconhecesse como filho iria adquirir a qualidade de seu herdeiro ou beneficiário. De qualquer forma, se, ainda assim, for levado a efeito registro póstumo, não haverá **efeitos sucessórios**.[6]

Totalmente desnecessária a norma que reconhece o **estado de filiação**, mesmo que tenha havido a **anulação do casamento dos pais** (CC 1.617). O estado civil dos pais nenhuma influência tem com referência à prole. Basta atentar à regra constitucional que iguala todos os filhos (CR 227 § 6.º).

Ainda que o casamento seja nulo, retroagindo a anulação à data de sua celebração, pela má-fé dos cônjuges (CC 1.563), produz todos os efeitos com relação aos filhos (CC 1.561 § 2.º), até porque eles não podem sofrer qualquer punição em decorrência da postura dos pais. Se um dos cônjuges estava de **boa-fé**, o casamento é declarado **putativo** e tem validade até sua desconstituição (CC 1.561).

Outro dispositivo para lá de inútil: o filho fica sob a guarda de quem o reconheceu (CC 1.612). É claro que o filho registrado exclusivamente por um dos genitores, necessariamente ele será o seu guardião. Constituem uma **família monoparental**.

Mais um absurdo: se o genitor for casado, o filho não pode residir no **lar conjugal** se não houver o consentimento do seu cônjuge (CC 1.611).

---

5. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 99.
6. Arnaldo Rizzardo, Direito de Família, 607.

A norma é escancaradamente **inconstitucional**. Nada justifica a necessidade da vênia marital, pois deve prevalecer o **melhor interesse da criança**, sendo-lhe assegurado, com prioridade absoluta, o direto à **convivência familiar** (CR 227).

11.2.1. Legitimidade

Compete ao pai ou à mãe, em conjunto ou isoladamente, proceder ao registro do filho, no prazo de até 45 dias do seu nascimento (LRP 52 e 2.º). Quer o pai, quer a mãe pode comparecer sozinho ao registro civil e registrar o filho em nome de **ambos os genitores**, mediante a apresentação da **certidão de casamento**. Sem a comprovação de que o outro genitor é seu cônjuge, o filho não pode ser registrado em nome dos dois.

Vivendo os genitores em **união estável**, havendo prova da vigência da união à época da concepção, indispensável reconhecer a possibilidade de o declarante proceder ao registro do filho também em nome do companheiro.

Quando o genitor é **casado**, para reconhecer o filho havido **fora do casamento**, não necessita da anuência do seu cônjuge. A relação de filiação irradia-se perante todos os parentes, mas é claro que não alcança o consorte.[7]

A mãe pode registrar o filho somente em seu nome. Não é obrigada a informar quem é pai. Quer por não saber quem é ele, ou por não querer que o filho tenha o nome dele. Não há como forçá-la. Mesmo que ela seja **casada** ou viva em **união estável** com o genitor.

Indicando a mãe, no ato do registro, como pai quem não é seu marido ou companheiro, instaura-se um **procedimento informal**, que não dispõe dos requisitos de uma ação judicial (Lei 8.560/1992). Simplesmente se desencadeia o procedimento investigatório.

Na hipótese de **gestação por substituição** – técnica que permite a implantação de óvulo fecundado no útero de quem não é a mãe biológica –, surge a figura da **mãe gestacional**. É ela que leva a gestação a termo e é o seu nome que consta na Declaração de Nascido Vivo. Apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, trazendo esta informação, seu nome não será inscrito no registro. Constará o nome da mãe que não é a mãe biológica. É a **mãe afetiva**. Comprovado que a gestação foi **fruto de inseminação artificial**, havendo prova do

---

7. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 100.

consentimento informado de todos, é possível o registro em nome da mãe biológica. O registro é feito diretamente junto ao registro civil, sem a necessidade de demanda judicial.[8]

11.2.2. Capacidade

Não há qualquer referência na lei à **capacidade** do pai para proceder ao reconhecimento do filho. Se o genitor é **relativamente capaz**, não precisa ser **assistido** por seu representante no ato do registro. Como é apto para testar (CC 1.860 parágrafo único), e pode inserir cláusula testamentária de reconhecimento de filho (CC 1.609 III), não há motivo para se exigir que seja assistido, para proceder ao registro.[9]

Quando o **genitor** é **menor** de 16 anos, cabe distinção feita por Bruno Machado. No caso de reconhecimento da **paternidade**, é necessária **autorização judicial**. O representante do genitor não pode proceder ao reconhecimento. Quando a mãe é **absolutamente incapaz**, com a apresentação da Declaração de Nascido Vivo, possível o registro, contanto que a genitora esteja acompanhada de sua representante legal.[10]

Quando um ou ambos os genitores estão sujeitos à **curatela**, é necessário atentar aos seus limites, não havendo impedimento ao registro do filho, seja pelo pai, seja pela mãe.

O dispositivo que impede ser o filho reconhecido por outrem, quando está registrado em nome de **ambos os pais** (CC 1.604), foi relativizado. Na ação declaratória de parentalidade biológica ou socioafetiva, quando o filho tem vínculo de filiação com o pai registral, possível o reconhecimento da **multiparentalidade**.

Provimento do Conselho Nacional de Justiça[11] admite que se proceda, junto ao Cartório do Registro Civil, o registro voluntário de **filiação socioafetiva**, de quem tiver mais de 12 anos de idade. É indispensável a concordância dos pais registrais e o consentimento do filho para o reconhecimento da **multiparentalidade**, ou paterna ou materna. Somente é possível administrativamente o registro de um **ascendente**. O expediente,

8. CNJ – Provimento 63/2017.
9. Bruno Mangini Machado, Da filiação e do reconhecimento dos filhos, 760.
10. Idem, ibidem.
11. CNJ – Provimento 63/2017, substancialmente alterado pelo Provimento 83/2019.

com as provas da existência do vínculo socioafetivo, deve ser submetido ao Ministério Público. O registro depende do parecer for favorável.

O registro da filiação socioafetiva com relação a mais de um ascendente depende de demanda judicial.

11.3. FORMAS

O reconhecimento deve ser feito diretamente perante o **oficial do registro civil**. O Conselho Nacional de Justiça uniformizou os modelos de certidão de nascimento, determinando a inclusão da naturalidade, da residência e o CPF dos pais e dos filhos.[12]

O registro pode ser procedido **em conjunto ou separadamente** (CC 1.607). Ou seja, os genitores, ainda que não casados e mesmo não mantendo união estável, podem comparecer juntos ao cartório para proceder ao registro do filho em nome de ambos. É o que ocorre nas parcerias **parentais**, quando duas pessoas desejam ter filhos sem estabelecerem vínculo de conjugalidade entre os dois. São pais, mas não são um par. Formam duas famílias monoparentais. No assento, contudo, não deve haver a indicação do **estado civil** dos pais (Lei 8.560/1992 5.º). A explicitação não foi reproduzida no Código Civil, mas continua em vigor. Como existe a possibilidade de o reconhecimento ser levado a efeito em separado, não há qualquer impedimento para que os genitores o façam em momentos distintos. Não são lavrados dois registros. É somente acrescentada a filiação no registro já realizado. Assim, pode o pai reconhecer o **filho já registrado** pela mãe. Porém, é necessária a concordância dela. Ainda que não conste da lei tal exigência, é a solução que melhor atende ao interesse do próprio filho. Demonstrando-se injustificável a **resistência** da mãe em concordar com o reconhecimento, cabe **ao juiz** suprir a manifestação de vontade e **autorizar o registro**.

O reconhecimento também pode ser feito por **escritura pública** ou **escrito particular** (CC 1.609 II). Qualquer documento de autoria indiscutível serve. Até mensagem via internet cuja autenticidade possa ser comprovada. Há possibilidade de a declaração ser inserida no **pacto antenupcial** (CC 1.653). Mesmo que não ocorra o casamento – o que torna ineficaz o pacto –, o reconhecimento do filho é hígido e eficaz (CC 1.609 II e 1.610).

Afirmada a paternidade de modo claro, seja no documento que for apresentado em cartório, o oficial deve proceder à devida **averbação** no assento de nascimento. Mas antes precisa dar ciência ao genitor registral.

---

12. CNJ – Provimento 63/2017.

Faltando clareza à declaração, cabe suscitar incidente de **dúvida** (LRP 198). Ainda que não se proceda ao registro, serve o documento como meio de prova para eventual ação declaratória da parentalidade.

O **testamento** é o modo voluntário mais utilizado para o reconhecimento de filhos extramatrimoniais. O genitor não compromete a "paz familiar", mas não deixa de reconhecer o filho, nem que seja após a sua morte. Pode ser levado a efeito em qualquer das espécies de testamento (CC 1.862 e 1.886). Mesmo que o testamento seja revogado, anulado ou rompido,[13] a filiação que foi reconhecida é válida (CC 1.610). O testamento é mero suporte instrumental do reconhecimento, não ficando sujeito às suas vicissitudes. Em outras palavras, a validade do reconhecimento não depende da eficácia ou até mesmo da sobrevivência do instrumento.[14]

Possível o reconhecimento da paternidade até via **codicilo** (CC 1.881): escrito particular datado e assinado, em que alguém faz deliberações sobre seus funerais ou doações de pouca monta. Mesmo que não se trate de um testamento, é um escrito particular e vale como tal (CC 1.609 II).

Era vedado, de modo expresso, o reconhecimento de filho na **ata do casamento** (Lei 8.560/1992 3.º). Dita proibição não foi reproduzida no Código Civil. O silêncio do legislador, por certo, afasta a injustificável proibição. Como esse tema não diz respeito ao procedimento investigatório objeto da legislação especial é de se reconhecer que a vedação não persiste. Assim, ainda que não mais se possa falar em "legitimação" de filho, em face da igualdade constitucional, nada impede o reconhecimento na ata do casamento. Como pode ser feito em qualquer documento e por manifestação expressa e direta perante o juiz, mesmo que não seja objeto único e principal do ato que o contém (CC 1.609), não se justificava a limitação que, em boa hora, foi excluída.

Afirmando alguém, **em juízo**, de forma expressa e direta, que é pai ou mãe de determinada pessoa, a declaração tem **validade**. Desnecessário que a afirmativa seja feita ao juiz da vara dos registros públicos. Afirmada a paternidade na presença de qualquer magistrado, este deve **tomar a declaração a termo** e encaminhá-la ao juiz **competente**, que determina a averbação no assento de nascimento.

13. JCJF – Enunciado 643: O rompimento do testamento (art. 1.973 do Código Civil) se refere exclusivamente às disposições de caráter patrimonial, mantendo-se válidas e eficazes as de caráter extrapatrimonial, como o reconhecimento de filho e o perdão ao indigno.

14. Idem, 116.

Admitindo o réu, na ação **investigatória de paternidade**, a procedência do pedido, trata-se de reconhecimento voluntário. Ocorre a extinção do processo com resolução de mérito (CPC 487 III *a*) e a sentença é averbada no registro de nascimento do investigante.

Os procedimentos de **averiguação oficiosa da paternidade** de filhos havidos fora do casamento – tanto o reconhecimento voluntário como o coacto – são regulados pela Lei 8.560/1992. Suas normas foram incorporadas pelo ECA (26) e pelo Código Civil (1.609). Ainda assim, nunca funcionou. Vez por outra o Conselho Nacional de Justiça tenta criar mecanismos para ampliar o número de registros.[15] Todos infrutíferos.

Isso porque, negando-se aquele que foi indicado como genitor de proceder ao registro do filho e se recusando a realizar o exame do DNA, nada acontece. Não é determinada a inserção do seu nome no assento de nascimento. O procedimento termina. Dele nada se aproveita. O Ministério Público precisa ingressar com a ação investigatória de paternidade e ele terá que ser citado. E, mesmo que haja pedido de **alimentos**, só serão devidos a partir da citação.

11.4. CONSENTIMENTO

O reconhecimento dos filhos menores de 18 anos não depende de seu consentimento (CC 1.614). A dispensa é injustificável. Basta lembrar que, na **adoção**, é necessário o consentimento do adolescente (ECA 45 § 2.º). Somente não é ouvido se ainda for criança, ou seja, se tiver menos de 12 anos de idade. Assim, no ato de seu reconhecimento, com muito mais razão deve ter o direito de se manifestar, ao menos se já for adolescente. O ordenamento jurídico precisa ser interpretado com lógica, com coerência, com unidade constitucional, principalmente com base no superprincípio da proteção absoluta e integral da criança e do adolescente.[16] Dessa forma, nada justifica o registro de um **adolescente** sem que lhe seja dada a oportunidade de se manifestar.

Para o reconhecimento de filho **maior de idade**, é indispensável sua concordância (CC 1.614). Não estabelece a lei a forma de manifestação do **consentimento**. Igualmente, nada é referido sobre a discordância do filho, se pode ser imotivada ou se precisa ser justificada. Em face de falta de especificidade, há que se admitir que a **negativa** pode ser **imotivada**.

15. CNJ – Provimentos 12/2010 e 16/2012.

16. Belmiro Pedro Welter, Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial, 81.

Sem a concordância, não há como se proceder ao registro, mesmo que a paternidade esteja comprovada por exame de DNA. Basta atentar que tem o filho o direito de impugnar a paternidade (CC 1.614). Não é possível haver **suprimento judicial** do consentimento para esse fim. Ainda que ela não possa se opor, recomendável dar ciência à **genitora**.

Comparecendo ambos – pai e filho – perante o cartório do registro, antes de proceder à averbação, o oficial deve colher a manifestação expressa do filho. Efetuado o reconhecimento por escritura pública, escrito particular ou testamento, somente será **averbada** a filiação se houver a manifestação favorável do filho. O reconhecimento de filho maior é ato complexo e apenas consuma seus efeitos quando do seu consentimento. São dois atos distintos e complementares.[17]

11.5. IMPUGNAÇÃO

Pelo prazo decadencial de **quatro anos**, a partir da maioridade, pode o filho impugnar o seu reconhecimento (CC 1.614). Trata-se do direito de não ter como genitor quem o reconheceu como filho. É quase uma ação de investigação de paternidade às avessas. Esse é dos dispositivos que mais gera polêmica em sede doutrinária, dando ensejo a decisões judiciais díspares. Ainda que a norma se encontre no capítulo que trata do **reconhecimento dos filhos extramatrimoniais**, descabido não assegurar o mesmo direito ao filho havido na constância do **casamento**, sob pena de se lhe oferecer tratamento desigual.[18]

Cuida-se do exercício do direito constitucional de liberdade, não havendo necessidade de comprovar erro, falsidade ou inexistência da verdade biológica. É a chamada **denúncia vazia**. Cabe figurar a hipótese de o filho ter constituído com o companheiro da mãe uma **filiação socioafetiva**. Não pode prevalecer o reconhecimento do genitor biológico sobre o vínculo construído pela convivência familiar e que assumiu as vestes da paternidade.[19]

A limitação temporal – quatro anos – entra em rota de colisão com o art. 27 do ECA, que diz ser **imprescritível** *o direito ao reconhecimento do estado de filiação*. Ora, o fato de ter havido o **reconhecimento voluntário** da paternidade não pode afetar o direito do filho de impugná-lo. Não há

17. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 129.
18. Gustavo Tepedino, Temas de Direito Civil, 567.
19. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 132.

por que limitar o direito de investigar a paternidade ao exíguo **prazo** da impugnação da filiação. Não cabem dois pesos e duas medidas, uma vez que é **imprescritível** a ação negatória de paternidade (CC 1.601). O lapso decadencial não se amolda ao novo direito de filiação e não pode subsistir.[20] Como a pretensão investigatória é imprescritível, o eventual **registro** da paternidade não pode obstaculizar o seu exercício. Reconhecida a filiação, a desconstituição do registro é um singelo **efeito anexo** da sentença.

Reconhecida a existência de um vínculo de **filiação afetiva** com o pai registral, que sabia da inexistência do vínculo biológico, não se anula o registro.[21] Caso o filho tenha mais de 12 anos e com a concordância de todos, possível o registro da filiação **multiparental**, diretamente junto ao registro civil.[22]

LEITURA COMPLEMENTAR

COMEL, Denise Damo. *Paternidade responsável.* 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

TARTUCE, Flávio. O princípio da solidariedade e algumas de suas aplicações ao direito de família – Abandono afetivo e alimentos. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, n. 30. p. 5-34, out.-nov. 2012.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e da paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2010.

20. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 313.
21. Ação negatória de paternidade. Registro voluntário. Ausência de vício de consentimento. Irrevogabilidade. Reconhecimento da paternidade socioafetiva. 1) O reconhecimento civil da paternidade, nos termos do artigo 1.609, do Código Civil, é irrevogável e irretratável, podendo ser anulado somente quando demonstrada a existência de vício de consentimento. 2) Quando a parte reconhece a filiação de forma livre, consciente e espontânea, estabelecendo com o menor um vínculo socioafetivo, não há que se falar em anulação do registro civil. 3) Apelo não provido. (TJAP – APL 0007345-60.2017.8.03.0002, Rel. Des. Gilberto Pinheiro, p. 15/07/2019).
22. CNJ – Provimento 63/2017.

12

DECLARAÇÃO DA PARENTALIDADE

Sumário: 12.1. Uma justificativa – **12.2.** Interesses em conflito – **12.3.** Verdade real, jurídica, presumida e afetiva – **12.4.** Presunção da paternidade – **12.5.** Relativização da coisa julgada – **12.6.** *Exceptio plurium concubentium* – **12.7.** Competência – **12.8.** Litisconsórcio – **12.9.** Revelia – **12.10.** Ônus da prova – **12.11.** Exame de DNA – **12.12.** Desistência da ação – **12.13.** Prescrição – **12.14.** Ação de investigação de paternidade – **12.15.** Ação negatória de paternidade – **12.16.** Ação anulatória de registro –**12.17.** Ação declaratória de maternidade – **12.18.** Ação de impugnação de parentalidade ou desconstitutiva do registro – **12.19.** Ação de retificação do registro civil – **12.20.** Ação de supressão do patronímico paterno ou materno – **12.21.** Ação de reconhecimento de vínculo de ancestralidade – **12.22.** Ação declaratória da ascendência genética – **12.23.** Averiguação judicial da paternidade – **12.24.** Ação declaratória da filiação socioafetiva – **12.25.** Reconhecimento de multiparentalidade – **12.26.** Alimentos – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.601 e 1.614; CPC 178 II, 693 a 699; ECA 27; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP) 102 3.º; Lei 8.560/1992 2.º §§ 4.º a 6.º, e 7.º; Lei 5.478/1968 (Lei de Alimentos – LA) 13 § 2.º; Lei 12.004/2009; Lei 12.010/2009 5.º; Lei 12.662/2012; CNJ – Provimentos 12/2010, 16/2012 e 63/2017.

12.1. UMA JUSTIFICATIVA

Chamar de **investigação de paternidade** todas as demandas que procuram a identificação dos vínculos de filiação demonstra certo ranço cultural. A expressão "investigação" tem colorido policialesco. Assim, na chamada ação "investigatória de paternidade", parece que deve o juiz bancar

o detetive buscando descobrir quem é o pai do autor. Como a demanda é de eficácia declaratória, pois essa é a pretensão do autor – que seja declarado o seu vínculo parental com o réu –, melhor é chamar a ação de declaratória.

Ao depois, falar somente em paternidade lembra a época em que só se cogitava a hipótese de o filho buscar o reconhecimento de seu genitor, como se não houvesse a possibilidade de identificação da **verdade biológica** por meio de ações de declaração de maternidade, anulatória de registro, declaratória de filiação, negatória de paternidade, declaratória da ascendência genética, de filiação socioafetiva etc. Redimensionado o leque de formas de buscar socorro no Judiciário, em face da diversidade de demandas atrás da definição dos vínculos paterno-filiais, é necessário ampliar também a expressão que identifica as diversas ações. Daí, **declaração da parentalidade**.

12.2. INTERESSES EM CONFLITO

O interesse em descobrir a **verdade biológica** sempre foi de pais e filhos, mas não é – e nunca foi – uma preocupação do Estado. Basta lembrar que os filhos nascidos fora do casamento não podiam ser reconhecidos. Os concebidos dentro do casamento, por **presunção legal**, ainda são considerados filhos dos cônjuges. Tudo em nome da preservação da família, considerada "base da sociedade" (CR 226).

Para a estabilização do núcleo familiar e a mantença da paz social, a lei prestigia a relação de paternidade por **presunção legal** (CC 1.597): o pai é o marido da mãe. Pela presunção *pater est*, prevalece a **paternidade fictícia** sobre a verdade biológica. Mesmo na era da engenharia genética, que permite identificar, com certeza quase absoluta, a **verdade biológica**, permanecem presunções na lei.

Se por um lado a identificação dos vínculos de filiação pela **verdade social** goza de prestígio cada vez maior, os marcadores genéticos do **DNA** permitem chegar à verdade biológica com altíssimo grau de certeza. Dita possibilidade ocasionou uma reviravolta, desencadeando uma corrida na busca da filiação natural em substituição à verdade jurídica.

O direito à **identidade genética** passou a ser reconhecido como **direito fundamental** integrante do direito de personalidade, o que levou a jurisprudência a aceitar o retorno das partes a juízo na busca da identificação da paternidade. Os avanços são significativos, a ponto de afastar os efeitos cristalizantes da **coisa julgada**, quando a anterior ação não foi acolhida por falta de prova do vínculo de filiação.

O reconhecimento da filiação biológica sem a desconstituição da filiação socioafetiva fez surgir a **multiparentalidade**. No assento de nascimento figuram todas as figuras parentais.

12.3. VERDADE REAL, JURÍDICA, PRESUMIDA E AFETIVA

Em tema tão intrincado, em que várias verdades se superpõem, é indispensável estabelecer – ou ao menos tentar – um **critério** para a identificação dos vínculos de parentalidade.

Até o advento da Constituição da República, prevalecia a **verdade legal**, ou seja, alguém era filho porque a lei assim ordenava. O pai era o marido da mãe.[1] O marido dispunha do exíguo prazo de dois meses para "contestar a legitimidade do filho de sua mulher" (CC/16 178 § 3.º). A mudança foi radical. A **verdade biológica** adquiriu prestígio a ponto de tornar a **ação imprescritível** (CC 1.601).

A **verdade jurídica** sempre prevaleceu por gozar de intangibilidade constitucional. As demandas tanto de reconhecimento como de rejeição da paternidade, ao transitarem em julgado, nunca puderam voltar a juízo pelo surgimento da **coisa julgada**.

Antes do exame de DNA, a paternidade era afirmada ou rejeitada por **provas indiciárias e presuntivas**. Nas ações de reconhecimento do vínculo parental, a **causa de pedir** era a **concepção do autor**. Na ausência de tal prova, a sentença – quer a procedência, quer a improcedência – baseava-se exclusivamente em **indícios**. Comprovada existência de um relacionamento afetivo entre duas pessoas, presumia-se que haviam mantido **contatos sexuais** e a consequente possibilidade de acontecer uma gravidez. Era o que bastava para a identificação do vínculo paterno-filial entre as partes.

A partir do momento em que a evolução da engenharia genética permitiu identificar a existência ou inexistência do vínculo parental. Decisão proferida sem esta prova científica não pode prevalecer. O **julgamento sem resolução do mérito** (CPC 485 V) não pode impedir a descoberta da **verdade genética**, não identificada na anterior demanda. A improcedência da ação não afirmava que o réu não era o pai do autor. O pedido era desacolhido pelo fato de o autor não ter conseguido comprovar o fato constitutivo do seu direito. Do mesmo modo, a procedência da ação. Proferida mediante mera prova indiciária de ter ocorrido contato sexual

1. Sérgio Gischkow Pereira, Direito de família:..., 79.

entre duas pessoas. Ônus complicado, pois, via de regra, relações sexuais acontecem sem a presença de testemunhas.

Afirmada ou negada a paternidade na via judicial, passou-se a admitir tanto ao filho quanto ao pai proporem novamente a mesma ação. Podem retornar a juízo para o estabelecimento da **verdade real**. A verdade biológica não restou nem afirmada nem negada. Essa possibilidade – no início, muito criticada pelos processualistas – passou a ser chamada de **relativização da coisa julgada**.

Com a revolução provocada pelo IBDAM, que destacou o **afeto** como elemento identificador das relações parentais, empresta-se maior importância ao critério **socioafetivo**, que se sobrepõe tanto à verdade presumida como à verdade biológica. Tem por base um valor maior: o **vínculo de afetividade**.

Na hora de estabelecer a paternidade, a justiça deve respeitar a verdade da vida, constituída ao longo do tempo. Não há como ignorar o elo de convivência consolidado. Deve ter prevalência a **posse do estado de filho**. Afinal, nada deve obstaculizar o estabelecimento de vínculo jurídico, simplesmente para chancelar uma verdade que não existe, manter uma verdade fictícia. Somente quando ausente a **filiação afetiva** com quem figura no registro é que cabe prestigiar a verdade biológica.

12.4. PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE

A igualdade entre casamento e união estável consagrada pelo STF[2] não se limita aos efeitos sucessórios. Os fundamentos da decisão evidenciam que é inconstitucional qualquer diferenciação ou hierarquização entre os dois institutos. Deste modo, as presunções de paternidade (CC 1.596) não se limitam ao casamento. Ou existem também na união estável ou não se aplicam ao casamento.

Mas existem presunções outras. A lei civil (CC 231 e 232) e a de averiguação judicial da paternidade,[3] bem como Súmula do STJ[4] esta-

2. STF – Temas 498 e 809: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

3. Lei 8.560/1992, 2.º-A.

4. STJ – Súmula 301: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

belecem presunção de paternidade sempre que o suposto pai se recusar a submeter-se ao exame de DNA. A presunção, no entanto, não é **absoluta**, uma vez que cabe ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. Sem indícios outros da paternidade, a singela recusa do réu em se submeter ao exame deixa o filho sem pai.

De qualquer modo, a omissão do demandado não gera definitivamente a impossibilidade de ser buscada a identificação do vínculo familiar. Quando não logra o autor provar que é filho do réu, o desacolhimento da ação não dispõe de conteúdo **declaratório** de que o réu não é o pai do autor.

Em sede criminal, a ausência de provas enseja a absolvição do réu. Na esfera cível, inexiste essa possibilidade, mas a insuficiência probatória não pode levar a um juízo de improcedência, mediante sentença definitiva.[5]

Nessas demandas, a ausência de prova não permite a formação de um **juízo de convicção**. Não pode restar selado, pelo manto da imutabilidade, que o réu não é o pai do autor. Como a omissão probatória não pode ser imputada ao investigante, não há como apená-lo com uma sentença definitiva de reconhecimento da ausência do vínculo de filiação. A deficiência probatória, ou a negligência do réu em subsidiar o juiz para que forme sua convicção, não pode gerar certeza jurídica de inexistência do estado de filiação, a ponto de impedir o retorno do investigante a juízo.

A **improcedência da ação** não significa a inexistência do vínculo de filiação. Mais técnico seria a **extinção do processo sem resolução do mérito** por ausência de pressuposto de desenvolvimento regular do processo (CPC 354 e 485 V).

12.5. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

A supremacia dos princípios constitucionais atingiu até um dos dogmas mais sagrados da ciência processual. A imutabilidade da coisa julgada perdeu prestígio frente a dignidade humana, cuja espinha dorsal é o direito de personalidade. A busca da **verdade real**, um dos corolários do **direito à identidade**, provocou o fenômeno que passou a ser chamado de relativização da coisa julgada.

Diante da possibilidade de o exame do DNA identificar a verdade biológica, acabou a jurisprudência por admitir o retorno do filho a juízo, sempre que o resultado de improcedência da demanda investigatória tinha

5. Humberto Theodoro Jr., Curso de Direito Processual Civil, 571.

por justificativa a ausência de prova da paternidade. Do mesmo modo, quando julgada procedente a ação, sem a prova pericial, quem foi declarado pai passou a buscar a desconstituição da paternidade que lhe foi imposta por sentença.

A valorização dos **direitos da personalidade** prevaleceu, pois não se pode falar em coisa julgada baseada em frágeis elementos probatórios que nada provaram, a não ser que o autor não conseguiu comprovar o que era quase impossível: um contato sexual de sua mãe. Também não cabe impor a alguém que seja pai para sempre, se não é nem o pai biológico e não tem qualquer vínculo de convivência com o filho que a Justiça lhe impôs.

Essa possibilidade, apesar da resistência dos processualistas mais ortodoxos, restou consolidada pelo STF.[6] No mesmo sentido, Enunciado aprovado nas Jornadas do Conselho da Justiça Federal.[7]

12.6. *EXCEPTIO PLURIUM CONCUBENTIUM*

É tão antiga a mania dos homens de culparem as mulheres, que o **meio de defesa** utilizado para negarem a paternidade é uma expressão latina: *exceptio plurium concubentium*.[8] Sob o fundamento de a mãe ter mantido relacionamentos com outros homens ao tempo presumível da concepção, ocorria a exclusão da responsabilidade do investigado. A simples possibilidade de o filho provir de outrem autorizava a exoneração de qualquer responsabilidade. Conforme João Baptista Villela, o *non liquet* (não está claro) importava numa espécie de absolvição prévia, geral e indeterminada: no fundo, uma extensão bem cínica do princípio *in dubio pro reo*, da qual a grande vítima, vê-se logo, era a prostituta.[9]

6. STF – Tema 392: I – É possível a repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova; II – Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.
7. JCJF – Enunciado 109: A restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando.
8. Em tradução livre: exceção de múltipla concubinagem.
9. João Baptista Villela, Desbiologização da paternidade, 403.

Dita exceção – ou excrescência – não está e nunca, em tempo algum, constou de qualquer texto legal, mas sempre foi admitida. Como bem lembra Maria Celina Bodin de Moraes, até bem pouco tempo atrás a mulher era obrigada a fazer prova de que não tinha tido relações sexuais com qualquer outro homem para que se desse início ao processo de investigação da paternidade.[10] Na **contestação**, o demandado, apesar de confessar a mantença de contatos sexuais com a mãe do investigante, buscava evidenciar a concomitância de relações com outros parceiros. Com isso se estabelecia a **dúvida**, inseria-se um elemento de incerteza, que levava à improcedência da ação.[11] Agora, de nada serve alegar dúvida de paternidade pela postura de vida da gestora do investigante: se o investigado não tem certeza, que se submeta à prova pericial.

A negativa de realizar o exame significa que o réu **abandonou a prova** que funda sua defesa, e de nada adianta difamar a mãe do autor. Essa linha argumentativa, que afronta a honra materna, configura verdadeira represália ao livre exercício da sexualidade da mulher. Não há como ser aceita. Na decisão de saneamento o juiz delimita as questões de fato, define a distribuição do ônus da prova e delimita as questões de direito relevantes para a decisão de mérito (CPC 357 II, III e IV). Assim, não deve admitir qualquer referência à vida sexual da mãe do investigante. Inclusive, essa linha de argumentação gera responsabilidade indenizatória por **dano moral**.[12]

O fato é que os significativos índices de certeza do exame de DNA devolveram a liberdade sexual à mulher. A mãe do investigante adquiriu o direito de desfrutar de sua sexualidade, que deixou de servir de fundamento impeditivo à identificação da paternidade.

---

10. Maria Celina Bodin de Moraes, A família democrática, 629.
11. Zeno Veloso, Direito brasileiro da filiação e da paternidade, 111.
12. Identificado abuso do direito de defesa. Caracterizado dano moral. Arts. 187 c/c 927 do CC. Quantum adequado às peculiaridades do caso concreto. Recurso conhecido e desprovido. [...] 3.1. Todas as petições mencionadas pelo julgador de origem, relativas ao processo de investigação de paternidade, desde 1992 até o recurso de 2007 (ano do ajuizamento da presente demanda indenizatória) foram subscritas pelo ora apelante, que advogava em causa própria (tal como agora), e não poupou ofensas à já falecida genitora do seu irmão, ora apelado, que desde a tenra idade objetivava o reconhecimento da sua paternidade e cuja honra subjetiva foi, inequivocamente, violada diante da atitude do apelante ao atacar exacerbadamente seu direito de filiação [...]. (TJES – AC 00183574520098080024, 2ª C. Cív., Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, j. 15/08/2017).

12.7. COMPETÊNCIA

As demandas que envolvem o reconhecimento da parentalidade não refogem à regra geral da **competência territorial**: a residência do réu (CPC 46). Trata-se de **competência relativa** (CPC 63).[13]

Quando uma das partes é criança ou adolescente, a competência se fixa pelo **domicílio do guardião.**[14] Cumulado **pleito alimentar** à ação investigatória, a competência é a do domicílio do alimentando (CPC 53 II).[15] Como se trata de **competência relativa,** o juiz não pode declinar da competência de ofício.[16]

Mesmo quando ocorre a **mudança de domicílio** do alimentando depois da propositura da ação, o juiz, de ofício, não pode remeter o processo para o juízo da nova residência dos autores.[17]

O **Ministério Público** tem legitimidade para promover a ação quando o autor é incapaz (CPC 178 II). Essa prerrogativa lhe é expressamente assegurada quando ocorre prévia **averiguação da paternidade** (Lei 8.560/92, 2.º, § 4.º).

As demandas tramitam em **segredo de justiça** (CPC 189 II).[18]

---

13. Conflito de competência. 1. Nos termos da Súmula 33/STJ, "a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício". A ação de investigação de paternidade, quando não cumulada com alimentos, segue a regra geral, o foro de domicílio do réu, a qual não se modifica com a mudança de domicílio por parte do autor. A jurisprudência do STJ já está pacificada no sentido de reconhecer que, em se tratando de hipótese de competência relativa, o art. 87 do CPC/73 ou 43 do CPC/15 institui, com a finalidade de proteger a parte, a regra da estabilização da competência (*perpetuatio jurisdictionis*), evitando-se, assim, a alteração do lugar do processo, toda a vez que houver modificações supervenientes do estado de fato ou de direito (STJ – CC 164.839/DF (2019/0092810-6) (Dec. monocrática), Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16/05/2019).
14. STJ – Súmula 383: A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.
15. STJ – Súmula 1: O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.
16. STJ – Súmula 33: A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.
17. Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Competência territorial arguida de ofício. Impossibilidade. Reforma da decisão. Com efeito, conforme previsão do art. 43 do CPC, a competência é determinada no momento da propositura da ação, razão pela qual o fato de o demandante estar residindo em Porto Alegre, não tem o condão de alterar a competência territorial, que é relativa, não sendo possível a sua arguição de ofício pelo juízo (Súmula 33, do STJ). Agravo provido. (TJRS – AI 70083889360, 8ª C. Cív., Rel. José Antônio Daltoe Cezar, j. 10/07/2020).
18. CNJ – Enunciado 128: Além dos casos de segredo de justiça e sigilo judicial, os documentos digitalizados em processo eletrônico somente serão disponibilizados

Ainda que a ação de reconhecimento seja intentada *post mortem*, tendo por finalidade ■ inclusão do filho como beneficiário de **pensão previdenciária**, tal não desloca a competência das Varas de Família para a Justiça Federal. A sede para identificar a paternidade é o **juizado da família**. Reconhecido o vínculo de filiação, essa é prova bastante para a habilitação perante o órgão previdenciário, que não pode recusar ■ decisão judicial, sob o fundamento de não ter participado da demanda.

Reconhecido com a paternidade o **direito à herança**, impositiva a anulação da partilha levada a efeito. Como a demanda tem eficácia declaratória, a filiação tem efeito *ex tunc* e alcança os bens transmitidos aos herdeiros pelo princípio da *saisine*. O **prazo prescricional** da ação de petição de herança somente flui a partir do trânsito em julgado da decisão que declara a paternidade.[19] Caso o investigado tenha feito **testamento**, o reconhecimento da paternidade leva ao seu rompimento, caso o testador não tivesse conhecimento da filiação (CC 1.973).

12.8. LITISCONSÓRCIO

Nas ações de constituição de vínculos parentais são partes o filho e quem é indicado como sendo seu genitor. Nas ações desconstitutivas, precisa vir ao processo quem consta do assento de nascimento como pai.

Na busca da identificação da filiação **biológica**, o pai registral precisa integrar a ação. Ou como **coautor** ou como **réu**. Trata-se de **litisconsórcio unitário necessário** (CPC 114), pois ■ sentença de procedência irá desconstituir o vínculo de filiação. Ou, comprovado o vínculo socioafetivo com o pai registral, reconhecida a **multiparentalidade**, será retificado o assento de nascimento. A participação de quem consta no registro como pai é indispensável também na ação declaratória de relação avoenga. Não requerendo o autor a citação, deve o magistrado determiná-la de ofício.

---

aos sujeitos processuais, vedado o acesso a consulta pública fora da secretaria do juizado.

19. Ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança. [...] II – Considerando o reconhecimento *post mortem* da paternidade, o início da contagem do prazo prescricional para o herdeiro pleitear sua parte na herança, através da ação de petição de herança, só terá início a partir do reconhecimento da paternidade. Aplicação da teoria da *actio nata*, vez que o direito de reclamar nasce apenas quando o titular do direito violado passar ■ conhecer o fato ■ a extensão de suas consequências. Reconhecimento da prescrição afastado. Precedentes desta Corte ■ do STJ. Apelação desprovida. (TJRS – AC 70083017897, 7ª C. Cív., Rel. Afif Jorge Simões Neto, j. 25/06/2020).

A omissão pode ser suprida inclusive no **segundo grau**, sem necessidade de ser anulado o processo. Basta o retorno do feito à origem para o ato citatório. Quedando-se silente o **pai registral**, ou ratificando o pedido, voltam os autos à superior instância para julgamento. O processo só será anulado se o citado assim o requerer. Como não acompanhou a instrução, a alegação de **cerceamento de defesa** deve ser acolhida.

Na ação que envolve vínculo de paternidade, não há a necessidade da citação da **genitora do investigante**. A exigência é **descabida**. A eventual procedência da ação não dispõe de qualquer reflexo com relação ao vínculo nem a necessidade de formação de litisconsórcio. Não é possível sequer sua participação voluntária na condição de **assistente** (CPC 119), pois não dispõe a mãe do autor de **interesse jurídico** para figurar na demanda.

Caso o filho não tenha certeza de quem é o genitor, até por sua genitora ter mantido contatos sexuais com mais de uma pessoa durante o período da concepção, tal não inibe o uso da demanda investigatória de paternidade. Possível que a ação seja movida contra mais de um réu – todos os prováveis pais –, formando-se um **litisconsórcio passivo alternativo eventual**. Submetendo-se todos os demandados ao exame do DNA, fácil será a identificação do genitor. Quanto aos demais, a ação será julgada improcedente.

12.9. REVELIA

Das demandas de família, certamente as declaratórias de parentalidade eram as que apresentavam maiores dificuldades no campo probatório. Mas foram as que mais se beneficiaram com o surgimento dos indicadores genéticos, significativa contribuição para descobrir a verdade consanguínea nas relações de parentesco.

As ações que buscam identificar o estado de filiação são o exemplo clássico do que se chama de **ação de estado**. Por isso ninguém põe em dúvida que não se operam os efeitos da **revelia** (CPC 345 II). Assim, mesmo que o réu seja citado pessoalmente, se não contestar, não há como reputar verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (CPC 344). É necessária a produção de **provas**.[20]

20. Ação de investigação de paternidade c/c alimentos. Efeitos da revelia. Necessidade de realização de prova pericial. Exame de DNA. Busca da verdade real. 1. Em regra, o instituto da revelia possui como consequência a presunção de veracidade das alegações de fato formuladas pela parte autora (art. 344 CPC) e a fluência dos prazos contra o réu revel independentemente de intimação (art. 346 CPC). Todavia,

Alvo de muitas controvérsias é a possibilidade do uso da **ação negatória de paternidade**, instruída com exame negativo do **DNA**, a evidenciar ser fictício o vínculo de filiação declarado em anterior ação de **investigação de paternidade**, na qual o réu havia se quedado **revel**. Ainda mais se acentua o dissídio quando inexiste qualquer aproximação ou vinculação afetiva entre pai e filho, não desfrutando este da posse de estado.

A questão que se coloca diz com a conveniência de se manter como verdade jurídica fato resultante da omissão do réu ao não contestar a ação. Afinal, se está diante de **ação de estado**, que envolve direitos indisponíveis, na qual não se verificam os efeitos confessionais da revelia. Não se pode negar ao genitor, assim declarado judicialmente, legitimidade para vir à justiça a qualquer tempo, "contestar" a paternidade que lhe foi atribuída (CC 1.601).

12.10. ÔNUS DA PROVA

A **causa de pedir** das ações que envolvem a parentalidade biológica é o nascimento em decorrência do **contato sexual** entre duas pessoas. Como esses relacionamentos, ordinariamente, acontecem de forma reservada e sem a presença de testemunhas, a prova do **fato constitutivo** que sustenta a ação se torna particularmente dificultosa. Quando a ação é promovida pelo filho, trata-se de probação de ato praticado por terceiros, do qual ele não foi partícipe – e é quase mera "consequência" –, o que só aumenta a dificuldade de amealhar provas. Vem com a inicial são alegações e a indicação de provas circunstanciais.

---

os efeitos da revelia são relativos e não conduzem necessariamente ao julgamento de procedência dos pedidos iniciais, motivo pelo qual deve o julgador atentar-se para os elementos probatórios dos autos, formando livremente sua convicção, para, somente depois, decidir a lide. 2. O exame de DNA é imprescindível para a apuração da verdade real, quando houver incerteza da paternidade, sobretudo porque a revelia não induz o efeito mencionado no artigo 344 do CPC, quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis, que é o caso. 3. Tratando-se de ação de estado e sendo o direito em debate indisponível, cabe ao julgador a condução adequada do feito, de modo a propiciar uma decisão justa, lastreada em prova contundente (exame de DNA), para que se busque a verdade real dos fatos. 4. Apesar de a Súmula 301 do STJ ter feito referência à presunção *juris tantum* de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA na ação de investigação de paternidade, no caso dos autos não houve recusa injustificada por parte do investigado. Recurso conhecido e provido. Sentença cassada. (TJGO – AC 01475164820188090044, 6ª C. Cív., Rel. Des. Jairo Ferreira Junior, j. 19/05/2020).

Por isso, as demandas não obedecem à distribuição tarifada dos **encargos probatórios** feita pela lei processual. Nem sempre é possível impor ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito (CPC 373 I), delegando-se ao demandado a também impossível demonstração de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado na inicial (CPC 373 II). Nesse caso, o juiz, na decisão de saneamento, pode definir a **distribuição do ônus da prova** (CPC 373 § 1.º e 357 III). Ora, se é difícil provar a ocorrência da **relação sexual**, é quase impossível evidenciar que ela não existiu. É o que se chama de **inversão dinâmica do ônus da prova**. Na demanda investigatória, a prova testemunhal sempre foi usada pelo autor para apontar ocasiões e identificar situações em que os genitores foram vistos em atitudes que evidenciassem a existência de um vínculo afetivo bastante íntimo, a revelar a possibilidade da ocorrência de contatos sexuais entre eles.

Felizmente o DNA acabou com todas essas dificuldades. Persiste a **inversão** do ônus da prova, pois cabe ao réu provar a não paternidade. Sua omissão em submeter-se ao exame faz presumir a veracidade da declaração materna.[21] Daí as normas do CC 231 e 232 e a Súmula 301 do STJ.[22] A Lei 8.560/1992, que regula o procedimento de averiguação oficiosa da paternidade, também gera a presunção de paternidade no caso de o suposto pai se recusar a submeter-se ao exame de DNA. A presunção não é absoluta, pois cabe ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.[23]

12.11. EXAME DE DNA

Historicamente, nas ações em que se buscava a identificação dos vínculos de filiação, quase nada mais havia além da prova testemunhal sobre a existência de um relacionamento afetivo entre os genitores. Era o que bastava para o reconhecimento da paternidade.

Com o surgimento de técnicas sofisticadas e métodos cada vez mais seguros de identificação dos indicadores genéticos, o exame do DNA

---

21. Jones Figueirêdo Alves, Abuso de direito no Direito de Família, 490.

22. STJ – Súmula 301: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

23. Agravo em recurso especial. Investigação de paternidade. Recusa de fornecimento de material genético. Súmula n. 301/STJ. 1. Em ação de investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz a presunção juris tantum de paternidade (Súmula n. 301/STJ). [...] (STJ – AgInt no AREsp 627455 SP 2014/0301390-6, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 07/05/2019).

tornou-se o meio probatório por excelência para o reconhecimento das relações parentais. Houve a substituição da verdade ficta pela verdade real.[24] Diante do resultado do exame – quer positivo, quer negativo –, não há como esperar que a prova testemunhal traga elementos que infirmem a conclusão do laudo. [25]

Mas a realização dessa prova apresenta dupla ordem de dificuldade. Em primeiro lugar, é necessário que haja a **participação** do demandado para a sua realização. Ainda que exista o dever de ambas as partes de colaborarem com a Justiça (CPC 378), não há como impor ao réu que se submeta à coleta de material, ainda que o exame possa ser realizado com apenas um fio de cabelo. Mesmo assim a negativa do réu é respeitada. Ninguém é obrigado a produzir prova contra si. Ao depois, o direito à **integridade física** configura verdadeiro **direito subjetivo da personalidade**, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo ao servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, do vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade.[26] Mas o direito à intangibilidade do corpo humano do suposto pai, que protege **interesse privado**, deve dar lugar ao direito à identidade da criança, pois há um **interesse público** que diz com sua dignidade.

Não se pode subtrair do filho o direito à identidade, o mais significativo dos atributos da personalidade. Também afeta o seu pleno desenvolvimento, pois deixa de contar com o auxílio de quem deveria assumir as responsabilidades parentais. E, às claras, ninguém vai querer assumir a paternidade, que impõe um leque de obrigações, se tem a chance de relegar

---

24. Mauro Nicolau Jr., Coisa julgada ou DNA negativo:..., 157.
25. Ação de investigação de paternidade. Exame de DNA positivo, realizado pelo laboratório central de saúde pública. LACEN/CE. Procedência na origem. Alegação de possibilidade de falha no resultado do exame. Ausência de elementos aptos a descaracterizar ■ conclusão laboratorial e desqualificar ■ idoneidade do exame. Suficiência da prova. Mero inconformismo com o resultado. Paternidade reconhecida. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. [...] 3. Sobre o tema, sabe-se que a prova pericial científica concernente ao exame de DNA constitui prova elementar, e, quando seus resultados forem categóricos na afirmação da paternidade, como é o caso dos autos, deve ser considerada prova superior ■ incontestável na formação do livre convencimento do julgador. [...]. 5. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. (TJCE – AC 0031152-20.2014.8.06.0071, 2ª C. Cív., Rel. Des. Maria de Fátima de Melo Loureiro, p. 13/05/2020).
26. Maria Celina Bodin de Morais, A família democrática, 633.

tais responsabilidades para um futuro às vezes bem distante, ao protelar o desfecho da ação.

O fato é que a ausência da prova pericial acabava esvaziando a ação de conteúdo probatório, o que desaguava em uma sentença de **improcedência**. Ou seja, a omissão do demandado sempre veio em seu benefício, apesar do que diz o Código Civil (231): *Aquele que se nega a submeter-se ▪ exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa*; (232): *A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame*. A matéria acabou sumulada pelo STJ[27] e está prevista na Lei 8.560/1992. Ainda assim, a recusa do suposto pai em realizar o exame de DNA acarreta **presunção relativa** da paternidade, pois deve ser apreciada "em conjunto com o contexto probatório".

A doutrina tece severas críticas a esses dispositivos legais e à própria Súmula. Assim, Paulo Lôbo, que estampa sua inconformidade já no título do seu trabalho: Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301 do STJ. Diz ele que é criada desnecessariamente mais uma presunção no direito de família: a da confissão ficta ou da paternidade não provada.[28] E vai além: *a súmula é totalmente inútil, equivocada em seus fundamentos e violadora de princípios constitucionais.*[29]

A possibilidade da adoção de medidas indutivas e coercitivas por parte do juiz (CPC 139 IV) levou o STJ a invocar a aplicação da súmula na demanda investigatória *post mortem*, em que o filho do investigado se negou a realizar o exame de DNA.[30]

---

27. STJ – Súmula 301: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

28. Nesse sentido: Paulo Lôbo, Paternidade socioafetiva..., 801; e Fredie Didier Jr., A recusa da parte a submeter-se ▪ exame médico:..., 177.

29. Paulo Lôbo, Paternidade socioafetiva..., 804.

30. Investigação de paternidade. Reclamação. [...] 3- Determinado, pelo acórdão desta Corte, que fosse realizado novo exame de DNA para apuração da existência de vínculo biológico entre as partes, não pode a sentença, somente com base na ausência das pessoas que deveriam fornecer o material biológico, concluir pelo restabelecimento da coisa julgada que se formou na primeira ação investigatória (e que foi afastada por esta Corte), nem tampouco concluir pela inaplicabilidade da presunção contida na Súmula 301/STJ, sem que sejam empreendidas todas as providências necessárias para a adequada e exauriente elucidação da matéria fática. Aliás, é preciso enfatizar que maior do que o direito de ter um pai é o direito de saber quem é o pai. 4- A impossibilidade de condução do investigado "debaixo de vara" para a coleta de material genético necessário ao exame de DNA não implica na impossibilidade de adoção das medidas indutivas, coercitivas e mandamentais autorizadas pelo art. 139, IV, do novo CPC, com o propósito de dobrar a sua renitência, que deverão ser

Há que se reconhecer a diferença de consequências de quem se recusa a submeter-se à perícia. Quando a negativa é do suposto pai, réu da ação investigatória de paternidade, a presunção lhe é contrária. Já quando é o filho que não quer fazer o exame, não há presunção negativa em face de seu comportamento. O fato é que, pelo que diz a lei, a **postura omissiva** do réu induz à **presunção de paternidade**, o que deveria levar à **procedência da ação**. Não pode ser outra a solução. A resistência do réu é suficiente para provar a paternidade. Mesmo que inexistam provas outras, sua omissão, por si só, justifica o acolhimento da demanda, sob pena de o direito à identidade deixar de ser uma questão de **ordem pública**. Outro empecilho que se vislumbra é de natureza prática: o elevado **custo do exame** de DNA. Em quase todos os Estados, o exame é realizado gratuitamente a quem milita com o benefício da **assistência judiciária gratuita**. No entanto, em face do expressivo número de exames a serem levados a efeito, o tempo de espera é muito grande, às vezes de vários anos. Durante esse período se não foram fixados alimentos provisórios, resta o autor em situação deveras aflitiva.

Porém, nada justifica onerar o Estado com tal custo quando o réu não faz jus ao benefício da gratuidade. Militando o autor sob o pálio da justiça gratuita, impositivo **atribuir ao réu** o ônus de pagar o exame. Ao ser determinada a perícia, o encargo deve ser imposto ao demandado. Como nessas demandas ocorre a **inversão** dos encargos probatórios, tal estende-se também ao adiantamento das despesas referentes às provas (CPC 82 § 1.º). O autor afirma a paternidade, o réu se opõe. Faz-se necessária prova pericial, cujo valor é de ser antecipado pelo réu. Omitindo-se o réu em proceder ao depósito do valor do exame pericial, isso configura recusa injustificada, gerando os efeitos confessionais previstos na lei (CC 231 e 232).

---

adotadas, sobretudo, nas hipóteses em que não se possa desde logo aplicar a presunção contida na Súmula 301/STJ ou quando se observar a existência de postura anticooperativa de que resulte o *non liquet* instrutório em desfavor de quem adota postura cooperativa, pois, maior do que o direito de um filho de ter um pai, é o direito de um filho de saber quem é o seu pai. 5- Aplicam-se aos terceiros que possam fornecer material genético para a realização do novo exame de DNA as mesmas diretrizes anteriormente formuladas, pois, a despeito de não serem legitimados passivos para responder à ação investigatória (legitimação *ad processum*), são eles legitimados para a prática de determinados e específicos atos processuais (legitimação *ad actum*), observando-se, por analogia, o procedimento em contraditório delineado nos arts. 401 a 404, do novo CPC, que, inclusive, preveem a possibilidade de adoção de medidas indutivas, coercitivas, sub-rogatórias ou mandamentais ao terceiro que se encontra na posse de documento ou coisa que deva ser exibida. 6- Reclamação julgada procedente. (STJ – Rcl 37.521/SP, 2ª Sec., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13/05/2020).

O pagamento do exame, inclusive, pode ser determinado a título de **alimentos provisórios**, e o não pagamento dá ensejo inclusive ao processo executório sob a modalidade de prisão (CPC 911).

12.12. DESISTÊNCIA DA AÇÃO

Proposta qualquer demanda para reconhecimento de parentalidade, e sendo o **autor maior de idade**, ele pode desistir da ação, o que enseja a **extinção do processo sem resolução de mérito** (CPC 485 VIII). Tal não implica, contudo, em **renúncia ao direito**, tanto que pode, a qualquer momento, intentar nova ação.

No entanto, se a ação for proposta por criança ou adolescente, representado ou assistido por um dos genitores (CPC 71), inexiste a possibilidade de desistência. Pedido nesse sentido evidencia falta de zelo pelo interesse do filho, a subtrair a possibilidade de continuar a representá-lo em juízo. Nessa hipótese, cabe a nomeação de **curador especial** para prosseguir a ação em nome do autor (CPC 72 I e parágrafo único).[31]

Dispondo o **Ministério Público** de legitimidade para propor ação investigatória (L 8.560/92 2.º § 4.º), pode dar seguimento à ação, como **substituto processual**, quando houver desídia da representante do investigante, devendo Defensor Público assumir a representação do autor.

12.13. PRESCRIÇÃO

É **imprescritível** a ação para o marido **contestar a paternidade** dos filhos de sua mulher (CC 1.601). Mas a lei **silencia** sobre o prazo para a propositura da ação investigatória de paternidade. Limita-se a deferir ao

31. Ação de investigação de paternidade. Desistência da ação homologada pelo juízo a quo. Impossibilidade. Direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Sentença desconstituída. Necessidade de nomeação de curador especial. [...] Com efeito, a ação de investigação de paternidade tem por objetivo a busca da origem genética, que se fundamenta em direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, nos termos do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990). Diante disso, tratando-se de pessoa menor de idade, não pode a genitora, ainda que representando a filha, desistir da investigação de paternidade, pois os interesses que devem se sobrepor são os da infante. Portanto, deve ser desconstituída a sentença, a fim de que seja dado regular prosseguimento ao feito. Outrossim, ante o conflito de interesses entre a genitora (representante legal) e a parte autora, necessária a nomeação de curador especial. Recurso provido. Sentença desconstituída. (TJRS – AC 70080200678, 8ª C. Cív., Rel. Des. José Antônio Daltoe Cezar, j. 16/05/2019).

filho o prazo de quatro anos, a partir da maioridade, para **impugnar o reconhecimento** de sua paternidade (CC 1.614).

O ECA (27) proclama a **imprescritibilidade** do reconhecimento do estado de filiação, o que levou o STF a sumular a matéria, reconhecendo como imprescritível a **ação investigatória**, mas não a ação de petição de herança.[32]

Diante do verdadeiro emaranhado de dispositivos legais com comandos contraditórios, há decisões judiciais para todos os gostos. Predomina o entendimento de que o chamado **filho natural**: quem não está registrado no nome do pai, pode investigar a paternidade a qualquer tempo, mesmo depois de ter atingido a maioridade. No entanto, se há o **registro**, o exercício da ação anulatória de reconhecimento ficaria condicionado ao lapso de quatro anos (CC 1.614). Decorrido esse exíguo prazo, que é **decadencial** – e não prescricional –, quem foi registrado como filho de alguém não poderia buscar o reconhecimento da filiação biológica ou afetiva.[33]

Não há como deixar de reconhecer que tais assertivas padecem de **inconstitucionalidade**. Primeiro. É flagrante a afronta ao **princípio da igualdade**. O simples fato de alguém ter sido registrado à sua revelia não pode obstaculizar o exercício do direito de descobrir sua origem genética. Nada justifica essa perversa distinção. Inexiste qualquer obstáculo a quem não foi registrado, ou seja, se no seu registro não está escrito o nome de um pai. Pode este "filho de ninguém", a **qualquer tempo**, saber quem ele

32. STF – Súmula 149: É imprescritível [illegible] ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

33. [...] A agravada ajuizou pedido de reconhecimento de paternidade em face do recorrente [illegible] de negativa de paternidade em detrimento de seu pai registral. Já decidiu esta Corte que tal prazo é imprescritível e não decai, porquanto o prazo quadrienal de que trata [illegible] lei se aplica somente nos casos que se busca a mera negativa de paternidade, hipótese em que se busca apenas desconstituir o vínculo existente. [...] Não se extingue o direito de o filho investigar a paternidade e pleitear a alteração do registro de nascimento tido como falso, mesmo quando vencido integralmente, após [illegible] maioridade, o prazo de quatro anos. A jurisprudência de ambas as turmas de Direito Privado desta Corte Superior é na vertente de que "a regra que impõe o prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento da paternidade constante do registro civil só é aplicável ao filho natural que pretende afastar a paternidade por mero ato de vontade, com o objetivo único de desconstituir o reconhecimento da filiação, sem contudo buscar constituir nova relação. A decadência, portanto, não atinge o direito do filho que busca o reconhecimento da verdade biológica em investigação de paternidade e [illegible] consequente anulação do registro com base na falsidade deste. [...] (STJ – AREsp 1.363.079/PR (2018/0237220-3), Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, p. 18/10/2018).

é. Porém, se alguém registrou filho alheio como seu, mesmo sabendo não ser o pai – a chamada adoção "à brasileira" –, descabe limitar a busca da identidade biológica.

A mera **existência de um registro** não pode impor **prazo** para a ação, quer de investigação de paternidade, quer anulatória de reconhecimento da paternidade. Não importa se o filho quer simplesmente excluir o nome que consta no seu assento de nascimento, ou se deseja que lá conste o nome do pai biológico ou do pai socioafetivo.

Ninguém duvida que o direito à filiação é **direito à identidade**, que integra o postulado fundamental da personalidade. Assim, a busca da identificação do vínculo de filiação é **personalíssima, indisponível** e **imprescritível**, e nada – rigorosamente nada – tem a ver com os prazos decadenciais estabelecidos no Código Civil, no qual se quer ver um limite ao seu exercício.[34] Não há perda do direito de estado por inércia de seu titular.[35]

Não é possível obstaculizar o uso de ação imprescritível. Ainda que o ECA proteja crianças e adolescentes, descabido impor limite temporal para maiores de idade intentarem ação para verem reconhecida ou excluída a paternidade. Nem a consolidação de uma paternidade ou maternidade socioafetiva pode impedir que o filho busque conhecer, inclusive judicialmente, sua genealogia, suas raízes, suas origens, seus antepassados. Além do direito de personalidade envolvido, manifesto o interesse jurídico em tal descoberta, em face dos impedimentos matrimoniais, do sofrimento psicológico e emocional decorrente do desconhecimento das origens, das compatibilidades em doações de órgãos, da análise de doenças geneticamente transmissíveis.[36] Reconhecida a paternidade e imposta **obrigação alimentar**, os alimentos são devidos a partir da **citação** do réu (LA 13 §

34. Mauro Nicolau Jr., Coisa julgada ou DNA negativo:..., 125.

35. Agravo interno no recurso especial. Petição de herança. 1. Julgamento monocrático. [...] 3. Prescrição. Termo inicial. Reconhecimento da paternidade. Entendimento adotado pelo acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta corte. Súmula 83/STJ. 4. Prescrição aquisitiva. Ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão *a quo*. Súmula 283/STF. 5. Agravo desprovido. [...] 3. Tratando-se de filho ainda não reconhecido, o início da contagem do prazo prescricional só terá início a partir do momento em que for declarada a paternidade, momento em que surge para ele a pretensão de reivindicar seus direitos sucessórios. Acórdão *a quo* em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior. Incidência da Súmula 83/STJ. 4. [...] Agravo interno desprovido. (STJ – AgInt no REsp 1.695.920/MG (2017/0192697-8), 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 22/05/2018).

36. Sérgio Gischkow Pereira, Direito de Família:..., 84.

2.º).[37] O **prazo prescricional** para a cobrança dos alimentos pretéritos passa a fluir do trânsito em julgado da decisão que reconheceu a paternidade.[38]

12.14. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

O reconhecimento do estado de filiação é um direito **personalíssimo, indisponível** e **imprescritível** (ECA 27). O fato de esse dispositivo se encontrar na lei que rege direitos de crianças e adolescentes não significa que tais características sejam restritas a quem é menor de idade. Afinal, não é admissível tratamento discriminatório com relação a filhos (CR 227 § 6.º). Como se trata de direito fundamental à identidade, qualquer pessoa, de qualquer idade, pode investigar seus vínculos parentais.

A existência de **filiação registral** não obstaculiza a busca da identificação do vínculo biológico, por meio de ação **investigatória de paternidade**. Não importa se o **registro** é falso ou decorreu da chamada **"adoção à brasileira"**. Não interessa sequer se o investigante tem **pai registral**, foi **adotado** ou é fruto de **reprodução assistida** heteróloga.[39] Em nenhuma dessas hipóteses pode ser negado acesso à Justiça. Nada pode impedir a busca da **verdade biológica**.

Não se pode flagrar na lei comandos completamente contraditórios. Se alguém está registrado em nome de quem não é o seu genitor, não pode ter tolhido o direito de buscar a verdade genética, sob pena de chegar-se a injustificável paradoxo: aquele que não foi registrado pode a qualquer tempo buscar sua identidade biológica. No entanto, quem, independentemente de sua vontade, foi registrado por outrem, poderia simplesmente **impugnar o reconhecimento**, pelo período de quatro anos, após completar a maioridade (CC 1.614). E, decorrido esse restrito lapso temporal, nunca

37. STJ – Súmula 277: Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação.

38. Recurso especial. Família. Ação de investigação de paternidade. Execução de verba alimentar pretérita. [...] Inocorrência da prescrição. Termo inicial da execução dos alimentos pretéritos contados do trânsito em julgado da sentença que declarou a paternidade. [...] 2. O prazo prescricional para o cumprimento de sentença que condenou ao pagamento de verba alimentícia retroativa se inicia tão somente com o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a paternidade. 2.1. A possibilidade da execução provisória de sentença em virtude da atribuição apenas do efeito devolutivo ao recurso de apelação, não pode ter o condão de modificar o termo inicial da prescrição. [...] (STJ –, REsp 1.634.063/AC (2016/0219387-4), 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 20/06/2017).

39. Wania A. Campos e Luciana C. D. de Figueiredo, O direito à busca da origem genética..., 358.

mais poderia buscar sua verdadeira identidade. De todo descabido que, pela só existência de um registro de nascimento, levado a efeito à revelia do investigante, lhe seja negado o **direito fundamental à identidade**. A presença de vínculo de **filiação socioafetiva** com o pai registral igualmente não impede a propositura da demanda investigatória.

Até o surgimento do exame do DNA, promovida ação **investigatória**, caso o filho não conseguisse comprovar o vínculo biológico com o réu, a ação era julgada **improcedente** e a sentença se quedava imutável pela ocorrência da **coisa julgada**.

Há que se atentar que a sentença de improcedência da ação ocorreu por falta de provas. Não negava a paternidade, não afirmava que o réu não era o pai do autor. Limitava-se a declarar que o autor não provou o vínculo biológico. Não identificada a verdade biológica, esse ponto não foi alvo de apreciação judicial. Mais técnico seria a **extinção do processo sem resolução do mérito** por ausência de pressuposto de desenvolvimento regular do processo (CPC 354 e 485 V).

Como o juiz nada decidiu, é inadequado falar em **coisa julgada**. Daí a possibilidade da propositura de nova ação. Com a possibilidade de identificação do vínculo biológico por meio de exame laboratorial, é possível o autor voltar a juízo pleiteando a produção da prova genética.

É preciso assegurar ao autor o direito de conhecer suas origens, sem que essa identificação importe em desconstituição da filiação jurídica ou socioafetiva, pois não se pode valorar a identidade biológica sobre os laços afetivos.[40] Reconhecido que o autor desfruta da **posse de estado de filho,** a sentença de procedência da ação determina a inclusão no assento de nascimento do pai biológico, sem excluir o pai registral.[41] Na ação do filho que

40. Wania A. Campos e Luciana C. D. de Figueiredo, O direito à busca da origem genética..., 358.

41. Agravo interno no recurso especial. Ação de investigação de paternidade cumulada com anulatória de registro civil. Vínculo biológico. Coexistência. Paternidade socioafetiva. Reconhecimento de filiação. Direito indisponível e imprescritível. Consequências patrimoniais e extrapatrimoniais. Agravo interno não provido. 1. O Tribunal de origem manifestou-se em consonância ao entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de ser possível o ajuizamento de ação de investigação de paternidade, mesmo na hipótese de existência de vínculo socioafetivo, uma vez que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, assentado no princípio da dignidade da pessoa humana, podendo ser exercitado sem nenhuma restrição em face dos pais, não havendo falar que a existência de paternidade socioafetiva tenha o condão de obstar a busca pela verdade biológica da pessoa. 2. O registro efetuado pelo pai afetivo não impede a busca pelo

se encontra registrado em nome de alguém, mais um fundamento integra a causa de pedir: a inexistência da **filiação afetiva**. Para a ação ter sucesso, é necessário restar comprovado que o autor não detém a posse de estado de filiação, ou seja, a exteriorização da convivência familiar e de afetividade com quem figura na sua certidão de nascimento como seu pai.[42]

A jurisprudência evoluiu ao reconhecer que a existência do vínculo de filiação socioafetiva com o pai registral não impede que seja declarada a **multiparentalidade.**[43]

A ação pode ser proposta pelo filho simplesmente para **desconstituir ■ vínculo de filiação registral** (CC 1.614), sem estar cumulada com demanda investigatória para o reconhecimento de que outro é o pai do autor. O resultado da demanda exclui do registro de nascimento o nome do pai.

A ação investigatória, como todas as **ações de estado**, não se sujeita à **prescrição.** Ainda que o Código Civil não diga isso, o STF encarregou-se de sumular o tema.[44] Ou seja, a condição de herdeiro é imprescritível, mas a pretensão patrimonial se sujeita à prescrição de 10 anos (CC 205).

---

reconhecimento registral também do pai biológico, cujo reconhecimento do vínculo de filiação, com todas as consequências patrimoniais ■ extrapatrimoniais, é seu consectário lógico. 3. A jurisprudência desta eg. Corte é no sentido de que a inexistência de vínculo afetivo entre ■ investigante e o investigado não afasta o direito indisponível e imprescritível de reconhecimento da paternidade biológica. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ – AgInt no REsp 1.738.888/PE (2018/0103221-1), 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, j. 23/10/2018).

42. Paulo Lôbo, Direito ao estado de filiação..., 510.

43. Ação de investigação de paternidade. Multiparentalidade. Reconhecimento concomitante de filiação paterna socioafetiva e biológica. Possibilidade. Princípio da proteção integral e do superior interesse do menor. 1. O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros sem qualquer restrição. [...] 3. O apelante/pai biológico pretende exercer a paternidade responsável em relação à autora ■ não se opôs à condenação ao pagamento de alimentos, questionando tão somente a alteração registral. 4. É genérica e abstrata ■ alegação de possíveis constrangimentos pela dupla paternidade. Tal argumento não é capaz de afastar o registro do nome do pai biológico na certidão de nascimento da autora. 5. Diante do reconhecimento do vínculo afetivo da infante com o pai registral, bem como da constatação da paternidade biológica do ora apelante por meio de exame de DNA, mostra-se correta a sentença que determinou que conste do registro da criança o nome de ambos os pais ■ de todos os avós paternos, fenômeno este denominado de multiparentalidade. [...] (TJDF – AC 0719094-70.2018.8.07.0007, 6ª T. Cív., Rel. Arquibaldo Carneiro Portela, j. 09/09/2020).

44. STF – Súmula 149: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é ■ de petição de herança.

Depois de muitas idas e vindas doutrinárias e jurisprudenciais, acabou o STJ por estabelecer que o prazo prescricional da ação de petição de herança passa a fluir a partir do **trânsito em julgado** da ação que reconheceu o vínculo de parentalidade.[45]

O ECA é mais taxativo (27): *o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.* A assertiva de que pode ser exercido sem qualquer restrição é redundante ou supérflua, deixando inquestionável que o legislador não mais admite a permanência de nenhuma norma jurídica que, por qualquer forma ou subterfúgio, por qualquer maneira explícita ou implícita, crie embaraços à descoberta da verdadeira paternidade biológica.[46]

A ação de reconhecimento da filiação é **personalíssima**, ainda que **transmissível** (CC 1.606). Pode ser intentada mesmo depois do **falecimento** de quem é indicado como pai. Nessa hipótese, a ação é dirigida contra **todos os herdeiros**, e não contra o espólio ou, muito menos, contra o inventariante. Quando o autor tem um **pai registral**, é indispensável que ele integre a demanda, como **litisconsorte necessário** ainda que ele não se oponha à pretensão desconstitutiva da filiação. A procedência da ação vai sujeitá-lo aos efeitos da coisa julgada.

---

45. Recurso especial. Ação de petição de herança. Filiação reconhecida e declarada após a morte do autor da herança. Termo inicial. Teoria da "actio nata". Data do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade. 1. Controvérsia doutrinária acerca da prescritibilidade da pretensão de petição de herança que restou superada na jurisprudência com a edição pelo STF da Súmula n.º 149: "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança". 2. Ausência de previsão, tanto no Código Civil de 2002, como no Código Civil de 1916, de prazo prescricional específico para o ajuizamento da ação de petição de herança, sujeitando-se, portanto, ao prazo geral de prescrição previsto em cada codificação civil: vinte anos e dez anos, respectivamente, conforme previsto no art. 177 do CC/16 e no art. 205 do CC/2002. 3. Nas hipóteses de reconhecimento "post mortem" da paternidade, o prazo para o herdeiro preterido buscar a nulidade da partilha e reivindicar a sua parte na herança só se inicia a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando resta confirmada a sua condição de herdeiro. Precedentes específicos desta Terceira do STJ. 4. Superação do entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado quando ainda detinha competência para o julgamento de matérias infraconstitucionais, no sentido de que o prazo prescricional da ação de petição de herança corria da abertura da sucessão do pretendido pai, seguindo a exegese do art. 1.572 do Código Civil de 1916. 5. Aplicação da teoria da "actio nata". Precedentes. 6. Recurso especial desprovido. (STJ – REsp 1.368.677/MG (2013/0044420-5), 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05/12/2017).
46. Sérgio Gischkow Pereira, *Direito de Família: ...*, 86.

Caso compareça junto com o autor, manifestando sua concordância, ocupa a posição de **litisconsorte ativo.** Caso contrário, é necessária sua citação, passando a figurar no processo na condição de réu, como **litisconsorte necessário passivo.** Reconhecida a relevância do convívio paterno-filial, a omissão do genitor gera **dano afetivo** passível de indenização. Deste modo é possível cumular a ação investigatória com pedido de indenização por dano moral, por **abandono afetivo.**[47] A única possibilidade de livrar-se o genitor do encargo indenizatório é comprovar que não sabia da existência do filho, o que desconfigura abandono.

12.15. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

Certamente com o propósito de fazer o marido acreditar que o filho de sua esposa é filho seu, foi imposto às mulheres o tabu da **virgindade**, como rótulo de sua pureza e castidade. Daí a origem do vestido branco, do véu encobrindo o rosto na medieval cerimônia do casamento. O pai entrega a filha ao noivo como um troféu, para ela ser recatada e do lar. As restrições que sempre foram impostas pelo marido para a mulher ingressar no mercado de trabalho, além de perverso instrumento de dominação, visava – ou visa? – controlar sua sexualidade.

Tornando-se a mulher refém do seu lar, doce lar, o marido tem certeza de ser ele o pai dos filhos dela. Esta assertiva sempre foi referendada pela lei, que, até hoje, traz a presunção ***pater is est quem nuptiae deminstrat.***[48] Ou seja, os filhos concebidos na constância do casamento são filhos do marido (CC 1.597). No entanto, foi consagrada pelo STF[49] a igualdade

47. Ação declaratória de paternidade c/c alimentos. Termo inicial para pagamento. Citação. Súmula 277 do STJ. Indenização por abandono afetivo. Não cumprimento do dever de cuidar. Comprovação do ato ilícito. Dano moral configurado. Precedentes STJ. 1. Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação (Súmula 277, do STJ). [...] 3. Não tendo o pai se incumbido do seu dever de cuidar, já que mesmo ciente da paternidade desde 2009, não prestou nenhum tipo de assistência, seja material ou de ordem afetiva à sua filha, patente o dever de indenizar haja vista a configuração do abandono afetivo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Apelação cível conhecida e parcialmente provida. Sentença mantida. (TJGO – Ap 03377637820118090024, 3ª Câm. Civ., Rel. Itamar de Lima, j. 10/01/2019).
48. Em tradução livre: pai é aquele que as núpcias indicam.
49. STF – Temas 498 e 809: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

entre casamento e união estável. A decisão não se limita aos efeitos sucessórios. Os seus fundamentos evidenciam que é inconstitucional qualquer diferenciação ou hierarquização entre os dois institutos. Deste modo, as presunções de paternidade (CC 1.596) não se limitam ao casamento. Ou existem também na união estável ou não se aplicam ao casamento.

Induzido pela assertiva legal, com a segurança de ser o pai, ele registra o filho. Como se trata de uma verdade fictícia, faculta a lei que o pai por presunção legal busque desconstituir a paternidade. Como se trata de presunção *juris tantum*, ele tem direito de "contestar" a paternidade dos filhos de sua mulher. Trata-se de direito **imprescritível** (CC 1.601). A não ser que a filiação decorra de **fecundação heteróloga**.[50]

A perpetuidade para a propositura da ação acaba gerando um clima de instabilidade social. Como bem assevera Maria Celina Bodin de Moraes, a solução legal mostra-se tecnicamente falha, uma vez que é errônea a ideia de que a imprescritibilidade deva ser estendida a todas as ações de estado. Traz ela a posição de Perlingieri: *as ações de estado, que tendem em via principal a reclamar, contestar ou modificar os estados pessoais, de regra são* ***imprescritíveis*** *quando a pessoa age para afirmar a veracidade do próprio status e são* ***prescritíveis*** *quando o legitimado age para contestar ou modificar o estado de outrem.*[51] A preciosa lição permite que se estabeleça significativa distinção: a ação do filho para conhecer sua ascendência genética é imprescritível. Mas a demanda intentada pelo pai para contestar filiação que lhe foi conferida por decisão judicial está sujeita à **coisa julgada**.

A tendência sempre foi reconhecer a **legitimidade exclusiva** do marido para propor a ação, ainda que isso não diga a lei. Essa tendência existe porque o Código Civil pretérito (CC/16 344) concedia "privativamente" ao marido essa legitimidade, vocábulo não repetido no atual estatuto civil. Excluída do texto legal a expressão, de nítida conotação conservadora, não se justifica a mantença da limitação. O fundamento era que da ação resultava a acusação de adultério da mulher, cabendo exclusivamente ao marido correr o risco de provocar o *estrépito do escândalo*.[52]

---

50. JCJF – Enunciado 258: Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.
51. Maria Celina Bodin de Moraes, A família democrática, 639.
52. Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 303.

De qualquer forma, a omissão do legislador tem significado. É o que se chama de **silêncio eloquente**. Não cabe impor limites que não mais constam da lei. Não é sequer possível invocar impedimento processual (CPC 18): *ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio*. Existem **legitimações extraordinárias**, como a do terceiro que, comprovando interesse jurídico, pode vir a juízo em nome alheio.

Tratando-se de ação **personalíssima**, somente poderia ser promovida pelos pais registrais. No dizer de Carlos Roberto Gonçalves, esta demanda não se confunde com a **impugnação de paternidade ou maternidade**, que pode ser proposta pelo próprio filho, bem como pelos pais biológicos. Ou ainda por quem demonstre legítimo interesse.[53]

A legitimidade para a propositura da ação é **intransmissível**. O que se transmite é o direito de prosseguir na ação já proposta (CC 1.606). Assim, o **avô** não pode promover ação negatória de paternidade com relação ao neto. Somente como herdeiro do filho é que ele pode dar seguimento à ação.

A possibilidade impugnativa diz com a presunção da paternidade decorrente da filiação consanguínea. Em se tratando de fecundação decorrente de **concepção heteróloga**, não cabe dita "contestação", pois a presunção da paternidade é absoluta (*juris et de jure*) (CC 1.596 V).

Proposta a ação pelo pai contra o filho menor de idade, este não pode ser representado pelo próprio autor, apesar de ser um de seus representantes legais. Jorge Fujita sustenta ser necessário que o juiz nomeie um **curador** *ad hoc*, podendo a mãe intervir para assistir ao filho.[54] Porém, nada justifica tal nomeação, pois a genitora tem legitimidade para representar ou assistir o filho. Na hipótese de a mãe **desistir** da ação ou **reconhecer a procedência da demanda** é que cabe a nomeação. Também o Ministério Público dispõe de legitimidade para prosseguir com a ação.

Presente o vínculo de filiação afetiva, **o pai registral** não pode buscar o reconhecimento da verdade real, se sabia da inexistência do elo biológico.[55] Presente a **posse do estado de filho**, descabido que lhe seja subtraído o nome de quem o registrou, o criou e sempre reconheceu como seu pai. Quem desempenhou as funções parentais não pode simplesmente buscar a anulação do registro pela ausência do elo biológico. Como adverte Maria Celina Bodin de Moraes, a imprescritibilidade da ação, que pode até

53. Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil brasileiro:..., 296.

54. Jorge Shiguemitsu Fujita, Filiação, 195.

55. JCJF – Enunciado 520: O conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida.

ultrapassar a coisa julgada, é concedida para a constituição do **estado de filiação.**[56]

A ação que contesta a filiação, proposta pelo pai ou pela mãe registral, deve ter como fundamento a ocorrência de **vício de vontade**: erro, dolo ou coação. Também é preciso haver a prova da inexistência de vínculo de **filiação socioafetivo** entre eles. Como não diz com o estado da pessoa, a ação negatória de paternidade se sujeita ao prazo prescricional.

Para a procedência da ação, não basta comprovar a inexistência do vínculo genético. É indispensável também a prova da inexistência de **vínculo socioafetivo**, ônus probatório de responsabilidade do autor.[57]

Desde o surgimento do exame do DNA, método científico de identificação da verdade biológica, não dá para subtrair a legitimidade de outros interessados. A existência de **filiação registral** não limita o exercício do direito fundamental à busca da identidade. Mesmo que no registro de nascimento conste o nome de alguém como pai, tal não impede o **filho** de buscar o reconhecimento da verdade biológica. Como o filho era menor de idade, representado pela mãe, a Justiça carioca manteve o registro até ele completar a **maioridade** e decidir por si.[58]

---

56. Maria Celina Bodin de Moraes, A família democrática, 639.

57. Recurso especial. Ação negatória de paternidade combinada com anulatória de registro de nascimento. Interesse público. Ministério Público. Fiscal da ordem jurídica. Legitimidade. Incapaz. Arts. 178, II, 179 e 966 do CPC/2015. Súmula 99/STJ. Paternidade responsável. Arts. 127 e 226 da CF/1988. Filiação. Direito personalíssimo. Art. 2º, §§ 4º e 6º, da Lei 8.560/1992. Intervenção. Obrigatoriedade. Socioafetividade. Art. 1.593 do CC/2002. Instrução probatória. Imprescindibilidade. Registro. Reconhecimento espontâneo. Erro ou falsidade. Socioafetividade. Presença. Ônus do autor. Art. 373, I, CPC 2015. [...] 6. A averiguação da presença de socioafetividade entre as partes é imprescindível, pois o laudo de exame genético não é apto, de forma isolada, a afastar a paternidade. 7. A anulação de registro depende não apenas da ausência de vínculo biológico, mas também da ausência de vínculo familiar, cuja análise resta pendente no caso concreto, sendo ônus do autor atestar a inexistência dos laços de filiação ou eventual mácula no registro público. 8. Recurso especial provido. (STJ – REsp 1.664.554/SP (2017/0071569-5), 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 05/02/2019).

58. Negatória de Paternidade C/C Anulação De Registro Civil. [...] Paternidade biológica excluída. Reconhecimento espontâneo. Declaração pelo autor de reconhecimento voluntário de um dos infantes, registrando-o como seu filho, com conhecimento de não se tratar do pai biológico. Adoção à brasileira. Aplicação do artigo 1.604 CC, de que resulta a irretratabilidade da declaração consciente, que gerou efeitos irreversíveis em relação ■ seu declarante. Alegação de vício do registro. Discussão que perdeu importância diante da comprovação da existência do vínculo socioafetivo entre ■ criança e o pai registrário, que prevalece à vontade do genitor e à realidade genética. Posse do estado de filiação que resultou em construção da convivência e

Também o genitor pode buscar o reconhecimento da filiação. Cabe questionar se é possível ele propor ação de reconhecimento da paternidade enquanto a mãe se mantém **casada** ou viva em **união estável** com o **pai registral**. A hipótese flagra a infidelidade feminina, eis que o filho foi concebido durante o vínculo de convivência. Por presunção legal, o marido é o pai. Por decisão jurisprudencial, o companheiro também. A ambos é facultado impugnar a paternidade. Somente ao pai registral a lei confere legitimidade para a ação. Não está prevista a hipótese de o estado de filiação ser questionado pelo pai biológico. Paulo Lôbo sustenta que o pai biológico não tem ação contra o pai registral, marido da mãe, para impugnar sua paternidade. Para o autor, apenas o marido pode impugnar a paternidade quando a constatação da origem genética diferente da sua provocar a ruptura da relação paterno-filial.[59] É o que se poderia chamar de **bloqueio de legitimidade investigatória**, que perduraria até o rompimento do casamento da genitora.

Porém, não se pode deixar de visualizar nessa assertiva demasiado apego à sacralização da família matrimonial, bem como exacerbada preservação da idealizada honestidade feminina, a ponto de não poder ser questionada sua fidelidade. Não dispõe de qualquer fundamento limitar a ação do genitor. Cabe perguntar: haveria a possibilidade de o pai, que não é marido da mãe, "contestar" a paternidade? Estaria vedado que a paternidade fosse buscada por quem se qualifica como genitor?

12.16. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO

Consagra a lei a **irrevogabilidade** do reconhecimento da filiação. Ainda que a referência diga somente com os filhos havidos fora do casamento (CC 1.608 e L 8.560/91, 1.º), às claras que o princípio alcança os filhos nascidos na sua constância.

A ação anulatória do registro não se confunde com a negatória de paternidade. Esta é personalíssima e imprescritível. Já a demanda anulatória do registro não é nem uma coisa nem outra.[60]

---

formação de laços afetivos pela criança, que reconhece no autor ■ condição de seu pai, o que exige ■ manutenção dessa realidade, em prol da tutela da personalidade humana e defesa dos interesses superiores da parte vulnerável, até que ■ maturidade lhe assegure ■ capacidade de decidir pela manutenção ou não do vínculo. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP – AC 1006771-36.2015.8.26.0071, 9ª C. Dir. Priv., Rel. Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira, j. 24/09/2019).

59. Paulo Lôbo, Direito ao estado de filiação..., 147.

60. A ação anulatória de registro civil, prevista no art. 1.604, do CC, não se confunde com a ação negatória de paternidade, essa sim personalíssima. Precedentes do STJ

A filiação prova-se com o **registro de nascimento** (CC 1.603), que, no entanto, pode ser anulado quando reconhecido:

- vício de vontade decorrente de **erro**; ou
- **falsidade** (CC 1.604).

Somente uma destas alegações pode embasar pretensão desconstitutiva do registro.

A mera **suspeita** de não ser o pai do filho que registrou, mas se continuou convivendo com ele, não autoriza a anulação.[61]

Do mesmo modo quando ocorre a chamada **"adoção à brasileira"**, descabido o pai pretender a desconstituição do vínculo parental espontaneamente assumido. Possibilidade garantida somente ao filho de buscar sua identidade genética.[62]

---

e desta corte de justiça. Legitimidade ativa dos demais filhos e da ex-cônjuge do *de cujus*. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior. (STJ – AREsp 1.650.671/SE (2020/0012419-9) (Dec. monocrática), Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 08/06/2020).

61. Ação anulatória de assento de nascimento ou de retificação do registro de nascimento, cumulada com negatória de paternidade. Pleito de reconhecimento de vício de consentimento quando do registro do apelado. Cabimento. Paternidade socioafetiva não afastada. Sentença mantida. Caso dos autos em que, diante do resultado negativo do exame genético e do relato da apelada, comprovado que o apelante incorreu em erro substancial quando do reconhecimento da paternidade do apelado, o que autorizaria a desconstituição da paternidade registral. Inteligência do artigo 1.604 do Código Civil. Por outro lado, a existência de paternidade socioafetiva não pode ser afastada, até mesmo porque não foi produzida qualquer prova para tanto, ônus que competia ao apelante, conforme o artigo 373, inciso I, do CPC. Ao revés, em contestação, os apelados alegaram que, em 2008, pai e filho passaram férias juntos, o que o apelante não rebateu em momento oportuno. Apelante que alega a ausência de estudo social a embasar a conclusão sobre a existência de vínculo entre ele e o apelado, embora, em nenhum momento, tenha pleiteado expressamente a sua realização. (TJRS – AC 70077001246, 8ª C. Cív., Rel. Des. José Antônio Daltoé Cezar, j. 22/11/2018).

62. Ação negatória de paternidade. Retificação de registro de nascimento. DNA. Ausência de vínculo biológico e socioafetivo. Erro. Vício de consentimento. Demonstração. Ausência. Reconhecimento voluntário. Adoção à brasileira. 1. Não é permitido negar a paternidade resultante do registro de nascimento quando inexistir vínculo genético (DNA negativo), salvo se comprovada a ocorrência de erro ou de falsidade, nos termos do art. 1.604 do Código Civil. 2. Inexiste vício de consentimento na hipótese de reconhecimento voluntário da paternidade, caracterizada quando o pai registra a criança, mesmo ciente da ausência de vínculo biológico. 3. A impugnação da paternidade depende não só da ocorrência de vício de consentimento, mas também da inexistência de vínculo socioafetivo entre as partes. 4. A denominada adoção à

Ainda que reconhecida a legitimidade de **terceiro** para a ação anulatória, cabe investigar a presença da **filiação socioafetiva**, que constitui, para todos os efeitos, uma relação de filiação.[63] Comprovada a existência do vínculo afetivo, e desfrutando o filho **da posse de estado** com relação ao pai registral, a demanda não pode prosperar. Entre o direito do pai de negar a paternidade biológica e o direito do filho de ver preservada a condição com a qual sempre se identificou, não há como deixar de dar prevalência à **filiação afetiva**. Quando a ação é movida pelo pai, buscando a desconstituição do vínculo de paternidade reconhecido em anterior demanda, o **objeto da ação** se torna **complexo**. Além de provar que **não é o pai** do réu (o que agora se torna fácil através da realização do exame de DNA), o autor precisa demonstrar que não entretém com o filho que lhe foi impingido qualquer vínculo de convivência. Ou seja, precisa comprovar que, além de inexistir o vínculo biológico, também não existe a **filiação socioafetiva**, não desfrutando o filho da posse de estado.[64]

---

brasileira não impede que o filho postule a retificação do assento de nascimento ■ demande o reconhecimento da filiação biológica, haja vista ser direito constitucionalmente protegido, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1.604 e 1.606 do Código Civil ■ do art. 27 da Lei 8.069/1990). [...] 6. A parentalidade socioafetiva é uma construção jurídica que busca superar o vácuo gerado pela ausência de parentesco genético e adotivo, mas nenhuma das formas legais de parentesco entre seres humanos pode ser superada pelo assento de nascimento, que não gera vínculos, nem biológico, nem adotivo, nem socioafetivo, mas tão somente documenta, historicamente, os vínculos declarados. Por essa razão, não se pode impor o vínculo registral quando não há coincidência entre ele e quaisquer das hipóteses legais de parentesco. 7. Recurso conhecido e desprovido. (TJDF – AC 20171510014740 (0001841-23.2017.8.07.0015), 8ª T. Cív., Rel. Diaulas Costa Ribeiro, j. 24/01/2019).

63. Ação declaratória de inexistência de filiação. Ajuizamento *post mortem* por viúva e filha do de cujus. Erro ou falsidade. Não comprovação. Reconhecimento espontâneo da paternidade não descaracterizado. Inexistência de vício. 1. Pretendem as embargantes não o suprimento de vício, mas provocar nova discussão sobre matéria já decidida. 2. É cediço que o recurso horizontal não serve para reexaminar tema de direito e modificar o mérito da decisão embargada. Neste sentido, devidamente examinada a questão posta pelas embargantes, não subsistindo qualquer erro material, omissão, contradição ou obscuridade, rejeitam-se os embargos opostos. Embargos rejeitados. (TJBA – ED 00003831920148050245550000, 3ª C. Cív., Rel. Moacyr Montenegro Souto, p. 07/05/2019).

64. Agravo em recurso especial. A relação de parentesco entre as partes deve ser mantida, e por mais de uma razão. Primeiro, porque houve perfilhação à época do nascimento, ■ a presente ação negatória foi calcada em vagas suspeitas de infidelidade da genitora do requerido, desacompanhada de qualquer outro elemento objetivo ■ concreto. A ação negatória, segundo se extrai da causa de pedir, mais se aproxima de retratação da perfilhação do que anulatória de reconhecimento em virtude de

No entanto, não há como manter um vínculo jurídico estabelecido de forma presumida ou por indícios, sem qualquer respaldo probatório. Não havendo **vínculo** de qualquer ordem entre pai e filho – a não ser uma sentença que afirma um fato que não existe –, essa inverdade jurídica não pode prevalecer. Quem não é pai, nem afetivo nem biológico, não é pai.[65] A Justiça precisa curvar-se a essa verdade, mesmo que alguém, eventualmente, acabe sem genitor. Essa situação, ainda que lastimável, não cabe ser solucionada pelo Judiciário. Desarrazoado que seja criado ou mantido vínculo de paternidade inexistente, encobrindo-se de forma injustificada a verdade real.[66]

Há situações que torna imperioso desconstituir o registro: quando ele não corresponde nem à verdade biológica nem existe vínculo afetivo que justifique sua mantença. As hipóteses são frequentes. Quando do casamento, o marido procede ao registro do filho da esposa como se seu fosse, o que se chama de **"adoção à brasileira"**. Rompida a união, ocorrendo o total afastamento entre eles, sem que tenha se estabelecido relação de convívio

---

vício de consentimento. Segundo, porque ainda que fosse excluído o vínculo biológico, não há como desprezar o vínculo socioafetivo que une pai e filho por mais de uma década e meia, reconhecido pelo próprio autor em sua exordial, ao mencionar que as partes nutrem uma pela outra profundo respeito e carinho. (STJ – AREsp 1.242.973/SP (2018/0015884-7) (Dec. monocrática), Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 07/06/2018).

65. Ação negatória de paternidade c/c anulatória de registro civil. Sentença de procedência. Alegação de inexistência de vício de consentimento ou descumprimento de formalidade essencial aptos a justificar a nulidade do registro. Reconhecimento voluntário da filiação. Indução do demandante em erro demonstrada. Inexistência de vínculo genético confirmada por exame de DNA. Alegação de vínculo afetivo. Abalo emocional em razão do resultado do exame de DNA. Decepção natural. Ausência de filiação socioafetiva demonstrada pelo estudo social. Possibilidade de retificação do registro. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSC, AC 03051099120158240020, 3ª Câm. Dir. Civ., Rel. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 07/05/2019).

66. Ação negatória de paternidade. Anulação de registro de nascimento. Exame de DNA negativo. Relação socioafetiva não demonstrada. Anulação do registro de nascimento. Possibilidade. [...] Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em Ação Negatória de Paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. [...] IV – Se o vínculo biológico foi afastado por prova genética (exame de DNA) e, por depoimentos, comprovou-se a ausência de vínculo afetivo entre o declarante e o menor, não há como manter filiação em desacordo com a realidade. [...] Recurso de apelação conhecido e desprovido. (TJGO – AC 00239716020148090175, 1ª Câm. Civ., Rel. Luiz Eduardo de Sousa, j. 05/04/2019, p. 05/04/2019).

de ambos, não desfruta o filho da posse de estado afetivo.[67] Igualmente, se desconhece o filho sua condição de ter sido indevidamente registrado, é admitida a dissolução do vínculo.[68]

O tema reveste-se de particular perplexidade quando a ação é movida por ambos – **pai e filho** –, munidos da prova negativa do DNA, alegando que jamais mantiveram qualquer convívio. Propõem juntos ação negatória de paternidade, visando, ao fim e ao cabo, desconstituir a paternidade cujo registro foi fruto de ação investigatória e a sentença declarou a paternidade,

67. Ação rescisória. [...] Sentença rescindenda proferida em ação negatória de paternidade. Relações sexuais seguidas de união estável após notícia de gravidez. Reconhecimento voluntário da filiação pelo companheiro. Nascimento supostamente prematuro. Dúvidas acerca da paternidade. Imediato rompimento da relação e de vínculos socioafetivos. Prova técnica realizada em duas oportunidades que comprova a inexistência de paternidade biológica. Reconhecimento eivado de vício. Inexistência de demonstração da permanência do vínculo socioafetivo da menor com o pai registral. [...] 4. O estado de filiação decorre dos laços de afetividade construídos na base do amparo e convivência familiar, como se pai e filha fossem (paternidade socioafetiva) ou da consanguinidade (vínculo genético) e o fato é que nenhum desses subsiste no caso dos autos, pelo que a manutenção de um vínculo de paternidade forçado não atende aos fins sociais do processo, revelando-se insatisfatório aos interesses da menor. Procedência do pedido que se impõe. (TJSC – AR 91489156720158240000, 1ª C. Dir. Civ., Rel. Jorge Luis Costa Beber, j. 03/05/2018).

68. Agravo interno. Ação investigatória de paternidade ajuizada pela filha. 1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, a depender sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca a paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira". 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho – o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo – quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica. 4. Agravo interno não provido. (STJ – AgInt nos EDcl no REsp 1.784.726/SP (2016/0312406-8), 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07/05/2019).

com base na ausência de comparecimento do réu no dia designado para submeter-se ao exame genético.

Todas essas possibilidades levam a uma série de interrogações: cabe contrapor a realidade ficta à verdade biológica? E mais: é correto, em prol da propalada segurança jurídica das decisões judiciais, acobertadas com o manto da coisa julgada, manter uma situação inverídica? Os questionamentos vão além: seria justo ao autor e, principalmente, ao filho manter a figura de um pai irreal, criado por ficção legal?[69]

Zeno Veloso entende que decisão radical, quanto ao nome, deve ser recebida *cum grano salis*, isto é, com temperamentos, benevolência. Imagine-se o caso de a ação negatória ser proposta quando o nome do suposto filho já se integrou na sua personalidade, é amplamente utilizado, social e profissionalmente, e o sobrenome desse filho já foi repassado aos próprios descendentes, e é utilizado pelo cônjuge. Diante do impasse, do conflito de interesses, o juiz deve resolver usando os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, enfim, deve decidir com Justiça, e concordar que a pessoa continue usando o sobrenome que até então portava. Afinal, ele é o único que não tem culpa no drama que se desenrolou.[70]

12.17. AÇÃO DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE

Talvez a **presunção** *mater semper certa est*,[71] em que a maternidade é determinada pela gravidez e pelo parto, tenha levado a lei a não ter nenhum dispositivo sobre os vínculos maternais. Ora, em face das modernas técnicas de reprodução assistida, não se pode negar a possibilidade de ser questionado o vínculo de maternidade. O fato de a gestação ter sido levada a termo por uma mulher não mais significa que ela é a mãe do fruto do seu ventre. Basta lembrar a gestação por substituição, mais conhecida como barriga de aluguel.

Limita-se o legislador a afirmar (CC 1.602): *não basta a confissão materna para excluir a paternidade*. Pelo jeito, só é concedido à genitora o direito de alegar a **falsidade do registro** ou das declarações nele contidas (CC 1.604). Já o marido dispõe do direito imprescritível de "contestar" a paternidade dos filhos de sua mulher (CC 1.601). Ou seja, a ação negatória de paternidade não tem restrições quanto ao seu objeto, mas a negatória

69. Mauro Nicolau Jr., Coisa julgada ou DNA negativo:..., 114.
70. Zeno Veloso, Nome civil da pessoa natural, 472.
71. Em tradução livre: a mãe é sempre certa.

de maternidade só pode ter por fundamento questões registrais. À mãe é deferido o direito de agir com alcance diferente. De modo injustificável e flagrantemente **inconstitucional**, não é assegurado a ela o mesmo direito garantido ao pai.

É reconhecida a possibilidade jurídica do pedido na demanda declaratória de maternidade de **filiação socioafetivo**.[72]

Buscando compatibilizar dito dispositivo com o **princípio da igualdade**, sustenta a doutrina que a demanda anulatória cabe quando o registro não foi levado a efeito pela própria genitora. Na hipótese de a declaração ter sido efetuada por terceiros – marido, parentes, parteira ou qualquer dos legitimados (LRP 52) –, pode a mãe contestar a maternidade em igualdade de condições da negativa de paternidade, não ficando limitada à restrita prova da falsidade.[73] Dispõe a suposta mãe de legitimidade para propor demanda negando o vínculo de maternidade. O exemplo que primeiro vem à mente é a hipótese de ter havido **troca de bebês** na maternidade. Nessa sede, igualmente deve prevalecer o **vínculo da afetividade**. Devido ao surgimento do **estado de filho afetivo**, essas ações acabam se tornando raras. Estabelecida a convivência, a descoberta da eventual verdade biológica não rompe a filiação socioafetiva, e não se interessa à mãe em deixar de reconhecer o filho como seu, ainda que não o seja.

12.18. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE PARENTALIDADE OU DESCONSTITUTIVA DO REGISTRO

Quem foi registrado enquanto menor de idade, sem que tivesse sido ouvido, ao atingir a maioridade ou ser emancipado dispõe do exíguo prazo de **quatro anos** para exercer o direito de rejeitar o pai, repudiar a paternidade, sem precisar expor motivo, razão ou fundamento de sua negativa.

É chamada de ação de impugnação de parentalidade ou desconstitutiva do registro (CC 1.614). O dispositivo nunca obteve interpretação uniforme nem da doutrina, nem da jurisprudência. Quem melhor identifica o alcance da norma que limita o direito do filho de impugnar o seu reconhecimento é

72. Recurso especial. Ação declaratória de maternidade socioafetiva – instâncias ordinárias que extinguiram o feito, sem resolução do mérito, sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido. insurgência recursal da autora. Condições da ação. Teoria da asserção. Pedido que não encontra vedação no ordenamento pátrio. Possibilidade jurídica verificada em tese. Recurso especial provido. (STJ – REsp 1.742.086/CE (2018/0117580-5) (Dec. monocrática), Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 19/02/2019).

73. Paulo Lôbo, Direito Civil: Famílias, 103.

Pontes de Miranda: *a rejeição da filiação não necessita apresentar alegações de inexistência, nulidade, anulabilidade ou falsidade registral – basta que o filho não concorde com a paternidade que lhe foi imposta.*[74]

Esta ação não se confunde com a ação investigatória de paternidade, que é imprescritível (ECA 27). A pretensão do autor é simplesmente excluir do registro de seu nascimento o nome de quem o reconheceu como filho. Ora, o caráter **desconstitutivo** da ação de impugnação de reconhecimento de filiação e a ausência de previsão específica de prazo para o exercício dessa pretensão justificam afirmar que se trata, atualmente, de **pretensão perpétua** e, portanto, **imprescritível.**[75]

Há quem trace um paralelismo deste dispositivo com o art. 1.607 do CC, por ambos falarem em **reconhecimento do filho**. Deste modo, somente o filho fora do casamento poderia impugnar a paternidade de quem o reconheceu, no exíguo prazo de quatro anos.[76] Como alerta Sérgio Gischkow Pereira, é errôneo transformar o prazo de quatro anos em um prazo de decadência que, uma vez ultrapassado, não permitiria mais ao filho reagir, mesmo em situações de registro nulo, de registro falso, de manifesta inverdade de filiação biológica e assim por diante, fulminando a possibilidade de ação investigatória de paternidade biológica em relação a terceiro que não é o pai registral. E conclui: seria transformar o imprescritível em uma decadência de quatro anos! A simples passagem de um prazo tão curto condenaria o filho a nunca mais poder afastar um pai manifestamente falso no plano biológico e a não poder buscar seu verdadeiro pai biológico.[77]

---

74. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, t. IX, 99.

75. Rosa Maria de Andrade Nery, Manual de direito civil: família, 306.

76. Retificação de registro civil denominado de negatória de paternidade. Exclusão do patronímico paterno. Abandono moral e material. Prazo decadencial do artigo 1.614 do CC. Não incidência. Em que pese o nome atribuído à ação ser equivocado (negatória de paternidade), a natureza do pedido é de retificação do registro civil, para exclusão do patronímico paterno, por abandono afetivo, moral e material. Ação essa viável de ser ajuizada, segundo o entendimento do E. STJ e desta Corte Estadual. Caso em que não se aplica o prazo decadencial previsto no artigo 1.614 do Código Civil, incidente na impugnação ao reconhecimento de filhos fora do casamento. Hipótese diversa do presente caso. Consequentemente, de rigor o afastamento da decadência e a desconstituição da sentença. O processo deverá prosseguir para oportunizar à autora a produção da prova do alegado abandono paterno e do desconforto que o nome do pai lhe gera. Parcialmente provido. Em monocrática. (TJRS – AC 70076925775, 8ª C. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 19/06/2018).

77. Sérgio Gischkow Pereira, *Direito de Família: ...*, 118.

Interpretação tão restritiva talvez busque consonância com o **princípio da imutabilidade do nome**, consagrado na Lei dos Registros Públicos. Para preservar a **segurança das relações jurídicas**, são impostas severas limitações, dependendo de decisão judicial a alteração do nome civil (LRP 57).

No entanto, esta lei, do ano de 1973, está superada no tempo. O princípio da imutabilidade tem sido relativizado, diante da consagração constitucional princípio da dignidade humana, que preserva os direitos da personalidade e da identidade.

A partir do momento em que a jurisprudência passou a reconhecer a prevalência da **filiação socioafetivo** à verdade biológica, tanto a ausência do elo consanguíneo como a ausência do vínculo afetivo autorizam o filho a buscar a exclusão do seu registro de nascimento de quem não é seu pai nem exerce as funções parentais.

Além da retirada no nome do ascendente, são apagados também os nomes dos avós. Rompe-se a relação de parentesco. Nenhum direito ou obrigação remanesce de parte a parte.

Facultada a busca da exclusão **do vínculo de filiação**, o pedido pode ser formulado não somente contra o pai, mas também contra a mãe. E até contra ambos.

12.19. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL

Para questionar judicialmente os vínculos parentais não é necessária prévia desconstituição do assento de nascimento. As ações que buscam a alteração ou a anulação de assento de nascimento não precisam ser cumuladas com pedido de retificação. Este é um **efeito anexo** da sentença. A sentença de procedência implica, necessariamente, na anulação do registro anterior, seja pela natureza da sentença, seja pela presunção relativa imanente dos registros públicos.[78]

78. Investigação de paternidade *post mortem* e alteração de registro de nascimento. Cumulação de pedidos. Possibilidade. [...] Exame de DNA. Material obtido de exumação cadavérica. Resultado positivo. Paternidade comprovada. Alteração de registro. Anuência do pai registral. Incapacidade ou vício de consentimento. Não evidenciados. 1. É possível a cumulação dos pedidos de investigação de paternidade e de anulação ou retificação do registro de nascimento, tendo em vista que a modificação do registro é consequência lógica do reconhecimento da paternidade. [...] Assim, não constitui nulidade processual a realização de exame de DNA

Quando a alteração buscada não depende de dilação probatória, o pedido pode ser feito pela **via administrativa**, perante a vara dos registros públicos. Assim, a correção de mero erro (LRP 109).

No entanto, quando a **causa de pedir** é a alteração da situação jurídica, que traz como consequência mudanças registrais, a ação deve ser proposta perante a vara de família: investigação de parentalidade, negatória de paternidade, anulatória de registro etc.

Reina em sede doutrinária, com reflexos jurisprudenciais, enorme confusão não só quanto à identificação, mas também no que diz com os pressupostos das ações que buscam alterações de vínculos parentais e provocam sequelas registrais.

A confusão até se justifica.

A começar pela descabida distinção posta na lei, de escancarada inconstitucionalidade. O capítulo "**Da filiação**" (CC 1596 a 1.606) começa repetindo a norma constitucional (CR 227 § 6.º) que exalta a igualdade dos filhos, independentemente de sua origem, proibidas designações discriminatórias relativas à filiação (CC 1.696). No entanto, os artigos seguintes falam somente dos filhos **concebidos na constância do casamento**, impondo presunções de legitimidade quanto à sua origem.

Já o capítulo seguinte, intitulado "**Do reconhecimento dos filhos**" (CC arts. 1.607 a 1.617), trata dos filhos **havidos fora do casamento**.

O marido – e agora também o companheiro – que, em face da presunção da paternidade, foi induzido em erro, registrando como seu o filho nascido durante o casamento ou a união estável, pode ingressar com a **ação negatória de paternidade** (CC 1.601). Comprovado erro essencial, sem a permanência de qualquer vínculo entre pai e filho, o registro é

---

a partir da exumação do suposto genitor, após a audiência de instrução, a pedido do Ministério Público. 4. O exame de DNA, em virtude do elevado grau de certeza que apresenta em seus resultados, é confiável e suficiente para dirimir dúvidas quanto à filiação biológica, dispensando a realização de outras provas. 5. Evidenciada a paternidade biológica perquirida pela filha, a alteração no registro civil de nascimento é uma consequência lógica desse reconhecimento, inclusive porque o pedido não contou com qualquer oposição do pai registral. 6. Apelação conhecida e não provida (TJDF – AC 119.1974, 7ª T. Cív., Rel. Des. Fábio Eduardo Marques, j. 07/08/2019).

desconstituído.[79] No entanto, reconhecido vínculo de filiação socioafetivo, descabe a desconstituição do vínculo.[80]

---

79. Ação negatória de paternidade cumulada com exoneração de alimentos. Erro substancial no registro civil configurado. Filhos concebidos na constância de vínculo conjugal com posterior descoberta, por exame de DNA, da ausência de vínculo biológico em relação aos filhos. Presunção de erro quando ausente dúvida séria ou razoável acerca do desconhecimento da inexistência de vínculo genético. Erro substancial no registro civil que não exclui a necessidade de investigação dos vínculos socioafetivos. Longa convivência entre pais e filhos que deve ser sopesada com a superveniente ausência socioafetiva por longo período, em decorrência do rompimento abrupto e definitivo da relação paterno-filial. Paternidade socioafetiva ficcional de parte a parte. Impossibilidade. Necessidade de aderência das relações jurídicas às relações humanas e sociais. [...] 2- O propósito recursal é definir se o genitor biológico foi induzido em erro ao tempo do registro civil de sua prole e se, a despeito da configuração da relação paterno-filial socioafetiva por longo período, é admissível o desfazimento do vínculo registral na hipótese de ruptura superveniente dos vínculos afetivos. 3- É admissível presumir que os filhos concebidos na constância de um vínculo conjugal estável foram registrados pelo genitor convicto de que realmente existiria vínculo de natureza genética com a prole e, portanto, em situação de erro substancial, especialmente na hipótese em que não se suscitam dúvidas sérias ou razoáveis acerca do desconhecimento da inexistência de relação biológica pelo genitor ao tempo da realização do registro civil. 4- Mesmo quando configurado o erro substancial no registro civil, é relevante investigar a eventual existência de vínculos socioafetivos entre o genitor e a prole, na medida em que a inexistência de vínculo paterno-filial de natureza biológica deve, por vezes, ceder à existência de vínculo paterno-filial de índole socioafetiva. Precedente. 5- Hipótese em que, conquanto tenha havido um longo período de convivência e de relação filial socioafetiva entre as partes, é incontroverso o fato de que, após a realização do exame de DNA, todos os laços mantidos entre pai registral e filhas foram abrupta e definitivamente rompidos, situação que igualmente se mantém pelo longo período de mais de 06 anos, situação em que a manutenção da paternidade registral com todos os seus consectários legais (alimentos, dever de cuidado, criação e educação, guarda, representação judicial ou extrajudicial etc.) seria um ato unicamente ficcional diante da realidade. 6- Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 1.741.849/SP (2018/0115747-6), Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20/10/2020).

80. Negatória de paternidade cumulada com retificação parcial de registro de nascimento. Reconhecimento de vício de consentimento quando do registro da infante. Cabimento. Paternidade socioafetiva verificada. Sentença mantida. Caso dos autos em que, diante do resultado negativo do exame genético e da prova oral produzida no feito, comprovado que o apelante incorreu em erro substancial quando do reconhecimento da paternidade da apelada, o que autorizaria a desconstituição da paternidade registral. Inteligência do artigo 1.604 do Código Civil. Por outro lado, o vínculo afetivo entre o apelante e a apelada foi devidamente evidenciado através da prova testemunhal e do estudo social, tendo durado até a realização do exame genético, quando o autor deixou de procurar a ré, devendo incidir o princípio do melhor interesse da criança, que não pode ter a manifesta filiação modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade bioló-

Porém, se ocorreu o reconhecimento de filho havido fora do casamento (CC 1.607), o vínculo de filiação só poderá ser contestado se comprovado erro ou falsidade, via **ação anulatória do registro** (CC 1.604).

12.20. AÇÃO DE SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO OU MATERNO

A impugnação ao reconhecimento da parentalidade não se confunde com o pedido de supressão do sobrenome de um dos pais na composição do nome.

A **impugnação ao reconhecimento** (CC 1.614) leva à exclusão do nome – de um ou ambos os genitores – do registro de nascimento. Dissolve-se a relação parental. Deixam de ser parentes. Via de consequência, também ocorre a retirada do sobrenome na composição do nome.

Já o pedido de supressão exclusivamente do sobrenome mantém no assento de nascimento o nome dos ascendentes. O vínculo de parentalidade permanece intocado, persistindo a reciprocidade de direitos e obrigações entre o filho, o pai e os avós.[81]

A tendência é admitir esta possibilidade quando, via ação investigatória, houve o reconhecimento da paternidade, sem que tenha se estabelecido o vínculo de convivência pretendido pelo filho.[82]

---

gica. Apelação desprovida, por maioria. (TJRS – AC 70077544047/RS, 8ª C. Civ., Rel. José Antônio Daltoe Cezar, j. 04/04/2019).

81. Recurso especial. É assente perante esta Corte que, excepcionalmente e desde que preservados os interesses de terceiro e demonstrado justo motivo, é possível a supressão do patronímico. No caso em análise, observo que é incontroverso que a parte autora não possui vínculo afetivo com seu genitor, o qual não prestou assistência material ou moral à recorrente e inclusive anuiu com o pedido de retificação, conforme exposto em sentença (fl. 61 e-STJ), corroborado com parecer favorável do Ministério Público atuante perante o juízo de primeiro grau. Ademais, foi reconhecida como filha socioafetiva de seu padrasto, tendo, ainda, adicionado o seu patronímico, de modo que reputo presente a justa causa para fins de exclusão do referido nome familiar, mormente tendo sido negada a retificação apenas sob o argumento de imutabilidade do nome. (STJ – REsp 1.856.049 RS (2020/0001628-0) (Dec. monocrática), Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 06/04/2020).

82. Ação de retificação de registro civil. Pretensão da requerente de exclusão do patronímico paterno de seu nome. [...] Medida fundada em abandono sofrido pela interessada por parte de seu genitor. Incontroversa ruptura do vínculo afetivo. Quadro que gera imenso sofrimento à interessada. Cumprimento da hipótese do artigo 57 da Lei 6.015/73. Resguardo aos direitos da personalidade da requerente. Precedentes do C. STJ e desta Câmara. Eventuais prejuízos a terceiros, no mais, não evidencia-

Mas não há como limitar a busca de exclusão do sobrenome a esta única hipótese. Comprovada a ocorrência não só de abandono afetivo, mas de maus-tratos ou abuso sexual, por exemplo, justifica-se o pedido. Afinal, ninguém precisa se identificar com o sobrenome de quem assim agiu.

Como tais posturas podem ser imputadas a qualquer dos pais, a ação pode ser dirigida contra o pai ou a mãe. Ou contra ambos.

12.21. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE ANCESTRALIDADE

Não só o filho tem legitimidade para propor a ação de reconhecimento do vínculo de parentesco. Caso o **genitor** não tenha ingressado com ação investigatória de paternidade, depois de sua morte os seus filhos podem ingressar em juízo contra os **avós** buscando a declaração do vínculo de filiação do genitor.[83]

Assim como os filhos, também os netos possuem **direito de agir** próprio e personalíssimo, de propor ação declaratória de relação de parentesco em face do avô ou dos seus herdeiros. O direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de **dignidade da pessoa**.

O direito à busca da ancestralidade dispõe de tutela jurídica integral. As relações de parentesco **em linha reta** não têm limitação, dada sua infinidade (CC 1.591). Assim, todas as pessoas oriundas de um tronco ancestral comum sempre serão consideradas parentes entre si, por mais afastadas que estejam as gerações.

Independentemente de quem propôs a ação – descendentes de primeiro, segundo ou terceiro grau –, reconhecida a relação de parentesco na linha reta, são assegurados todos os efeitos a partir do primeiro grau de parentesco, os quais se transmite aos sucessores. Declarado o vínculo parental, são transmitidos aos descendentes direitos sucessórios na qualidade de **herdeiros necessários**, lhes sendo resguardado direito à **legítima**.

---

dos. Sentença reformada. apelo provido. (TJSP – AC 1003518-65.2019.8.26.0664, 3ª C. Dir. Priv., Rel. Donegá Morandini, j. 18/06/2020).

83. JCJF – Enunciado 521: Qualquer descendente possui legitimidade, por direito próprio, para propor o reconhecimento do vínculo de parentesco em face dos avós ou de qualquer ascendente de grau superior, ainda que o pai não tenha iniciado ■ ação de prova da filiação em vida.

A existência de vínculo afetivo com o pai registral não subtrai a **legitimidade** para a ação de reconhecimento da ancestralidade.[84] Há perfeita viabilidade jurídica de os netos de verem reconhecida a relação avoenga, de modo a ser-lhes garantidos os direitos sucessórios do pai, por representação.[85]

12.22. AÇÃO DECLARATÓRIA DA ASCENDÊNCIA GENÉTICA

A partir do momento em que se atribuiu efeito jurídico ao **afeto** na identificação dos vínculos parentais, novas demandas aportaram em juízo. O direito de conhecer a própria ascendência genética tem resguardo constitucional, pois integra um dos **direitos da personalidade**.

Identificado o vínculo biológico, independente de restar comprovado que o autor desfruta da posse de filho afetivo com o pai registral, não se justifica excluir o direito ao reconhecimento da **dupla paternidade**, para todos os efeitos pessoais e patrimoniais.

O art. 48 do ECA garante ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica. Deste modo não há como negar-lhe acesso à Justiça. No entanto, como a adoção é **irrevogável** (ECA 39 § 1.º), o reconhecimento da filiação

84. Investigação de paternidade. [...] 3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. [...] (STJ – AgInt nos EDcl no AREsp 975.380/PR (2016/0229189-8), 4ª T., Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 01/06/2020).

85. Ação declaratória de relação avoenga. Arguição de ilegitimidade dos netos. Impossibilidade. Busca da ancestralidade. Direito personalíssimo. Manutenção da decisão. O presente recurso tem por objetivo a reforma da decisão proferida pelo juízo singular que, nos autos da ação declaratória de relação avoenga, rejeitou a preliminar arguida em contestação, e reconheceu que é juridicamente possível e legítima a ação ajuizada pelos netos em face do suposto avô, ou seus sucessores, com a pretensão de ser declarada a relação avoenga, se falecido o genitor, que não postulou em vida a investigação de sua origem paterna Com efeito, não se mostra adequado, no âmbito do direito de família, negar aos netos o direito de buscarem a origem genética desconhecida. O fato de o genitor, em vida, não ter buscado sua ascendência biológica, não proíbe que os filhos, isto é, os netos busquem sua ancestralidade, que vai caracterizado como um direito personalíssimo e possui a proteção jurídica integral e especial, nos termos do artigo 226 da Constituição Federal. Entendimento consolidado pelo STJ. Recurso desprovido. (TJRS – AI 70079955159 RS, 8ª C. Civ., Rel. José Antônio Daltoe Cezar, j. 04/04/2019).

biológica não enseja alterações no assento de nascimento nem gera efeitos pessoais ou patrimoniais.[86]

12.23. AVERIGUAÇÃO JUDICIAL DA PATERNIDADE

A **Declaração de Nascido Vivo** (DNV)[87] é fornecida pelo hospital onde ocorreu o nascimento e tem validade nacional, até que seja feito o registro civil do nascimento. É facultativa a identificação do genitor. Mesmo que conste o nome do mesmo, tal não constitui prova ou presunção da paternidade e somente podendo ser lançado no registro de nascimento nos termos da lei civil (LRP § 54 §2°).

Para o **pai** proceder ao registro do filho no nome da mãe, além da DNV precisa apresentar **certidão do casamento.** A mesma prerrogativa tem a mãe. Sendo **casada**, pode registrar o filho também no nome do marido, independentemente de ser ele ou não o genitor, de estarem separados de fato ou até separados de corpos. Basta a **certidão do casamento.**

Na ausência da **prova do casamento**, nenhum dos pais pode registrar o filho em nome do outro genitor (LRP 59).

Reconhecida a inconstitucionalidade da distinção entre casamento e **união estável**, a tese do STF não se limita ao âmbito sucessório.[88] Deste modo, não pode se limitar ao casamento a presunção de paternidade (CC 1.597). Indispensável emprestar à união estável, comprovada por sentença judicial, escritura pública ou contrato de convivência, igual presunção, de modo a autorizar a qualquer dos companheiros registrar o filho comum em nome de ambos.

---

86. Investigação de paternidade. Configuração do vínculo biológico. Alteração do registro civil. Impossibilidade. Filiação socioafetiva configurada pela adoção promovida pelos pais registrais há mais de 30 anos. Irrevogabilidade. 1. Assegurado o direito de investigar sua origem biológica e constatado o vínculo genético com o investigado, é parcialmente procedente a pretensão do autor, na medida em que o reconhecimento de paternidade não pode ter repercussões na esfera registral nem patrimonial, uma vez que encontra óbice na relação de filiação socioafetiva estabelecida pela adoção empreendida pelos pais registrais, que é irrevogável, e consolidada ao longo de 30 anos de posse de estado de filho. [...] (STJ – REsp 1.343.832/RS (2012/0190838-8), Rel. Lázaro Guimarães, p. 17/05/2018).

87. Lei 12.662/2012.

88. STF – Temas 498 e 809: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

Quando a mãe procede ao registro do filho sem a indicação do nome do genitor, a Lei 8.560/1992 criou um procedimento de **caráter administrativo**, para induzir o genitor omisso a proceder ao registro do nascimento do filho. Não se trata de ação, mas de procedimento de **jurisdição voluntária**, provocado pelo oficial do registro civil e desencadeado pelo juiz. É um meio-termo entre reconhecimento voluntário e compulsório.

Assim, no momento do registro, indagada sobre o genitor, se ela quiser, indica seu nome e todos os elementos necessários à sua localização. Mesmo que ela seja casada, não há impedimento para que desencadeie o procedimento investigatório frente a quem afirma ser o pai de seu filho. Instaura-se, assim, na **vara dos registros públicos**, a averiguação oficiosa que é encaminhada à Justiça. O juiz ouve a genitora e determina a notificação do suposto pai, em segredo de justiça quando necessário, isto é, no caso de ser ele casado. Confirmando o indigitado genitor a paternidade, procede-se à **lavratura de um termo**, a ser levado a registro.

Negando a filiação que lhe é atribuída, ou permanecendo em **silêncio**, pelo prazo de 30 dias, o juiz não pode determinar a realização do exame do DNA, única prova segura da existência do vínculo parental. Limita-se a encaminhar o procedimento ao Ministério Público para que dê início à **ação investigatória de paternidade**. Mesmo que tenha sido notificado judicialmente, o réu deverá ser citado, de nada servindo a notificação levada a efeito judicialmente, nem para desencadear a ação ou, ao menos, para servir de marco inicial ao encargo alimentar. Somente na hipótese de a criança ser encaminhada à **adoção** é dispensável o ajuizamento da ação investigatória (ECA 102 § 4.º e L 8.560/92 2.º § 5.º).

O Ministério Público dispõe de **legitimidade extraordinária** para propor a ação como substituto processual. Essa iniciativa não impede que o menor de idade, devidamente representado pela mãe, intervenha no processo como **assistente litisconsorcial** (CPC 18 parágrafo único). Também pode intentar outra ação investigatória. Nessa hipótese, haverá **duas demandas**: uma promovida pelo Ministério Público e outra intentada pela criança ou adolescente. Em face da **identidade de ações**, há litispendência (CPC 337 § 3.º). Apesar de a ação intentada pelo Ministério Público ter sido proposta em primeiro lugar, em face de sua natureza subsidiária, é ela que deve ser extinta sem resolução de mérito (CPC 485 V).

Julgada procedente a demanda, o juiz, por expressa determinação legal, fixa **alimentos** ao autor (L 8.560/92 7.º). Mesmo não tendo sido requeridos alimentos, devem ser arbitrados, pois é presumida a necessidade do menor de idade. A falta de fixação dos alimentos torna a sentença *citra*

petita, devendo ou ser **anulada** ou a omissão ser **suprida** em sede recursal. A lei de processo autoriza a complementação (CPC 1.013 § 1.º).

O procedimento investigatório é dirigido contra quem foi indicado como genitor. Ocorrido o seu falecimento, não é necessária a propositura de ação de investigação de paternidade, sendo possível o uso do procedimento de averiguação oficiosa dirigida contra a sucessão. Podem os avós paternos espontaneamente reconhecer a paternidade.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ instituiu o programa **Pai presente**,[89] determinando que as corregedorias dos Tribunais de Justiça encaminhem aos juízes os nomes dos alunos matriculados sem o nome do pai, para que deem início ao procedimento de averiguação da paternidade. Novo provimento[90] admite que, a qualquer tempo, a mãe – ou o filho depois de atingir a maioridade – procure um Cartório do Registro Civil, indicando o nome do indigitado pai. Ao receber o termo lavrado pelo registrador, o juiz instaura o procedimento de averiguação. Deve chamar a mãe para que declare quem é o suposto pai. Ele é intimado a dizer se assume ou não a paternidade. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias para que seja feito o exame de DNA. Caso não haja o reconhecimento espontâneo da paternidade, nada acontece. É necessário que o Ministério Público ou a Defensoria Pública dê início à ação investigatória de paternidade.

Decreto presidencial[91] determinou a padronização dos registros de nascimento, com a criação de numeração única à **Declaração de Nascido Vivo** – DNV. O CNJ regulamentou a determinação e implantou o **Plano Social de Registro Civil de Nascimento e Documentação Básica**, visando à erradicação do sub-registro civil de nascimento.[92]

O art. 2º-A na Lei 8.560/1992 deveria ter sido incluído no Código Civil. Gera a **presunção de paternidade** no caso de o suposto pai se recusar a submeter-se ao exame de DNA. A presunção não é **absoluta**, pois cabe ser apreciada em conjunto com o **contexto probatório**. Caso não existam essas outras provas, a paternidade não é declarada. Não se reconhece que o réu, ao não se submeter à perícia, abriu mão do direito de provar fato extintivo do direito afirmado na inicial, de ser ele o pai do autor. Ou seja, a recusa não autoriza – como deveria – o registro em nome do genitor que não assume a paternidade e se nega a fazer o teste.

---

89. CNJ – Provimento 12/2010.
90. CNJ – Provimento 16/2012.
91. Dec. 7.231/2010.
92. CNJ – Provimento 13/2010.

Não têm qualquer significado nem a palavra da mãe nem a do filho. Para o registro é indispensável a confissão do pai. Ainda que convocado judicialmente, o seu silêncio ou singela negativa não gera qualquer consequência. O procedimento levado a efeito de nada valeu, não gera qualquer ônus, não tem nenhuma eficácia. Não supre sequer a necessidade de ser citado na ação investigatória de paternidade.

Mais uma vez resta escancarado o exacerbado protecionismo ao homem, que acaba como o grande beneficiado. Afinal, sempre teve direito ao livre exercício da sexualidade, como prova de virilidade, a torná-lo alvo da admiração e inveja de todos. A sociedade é conivente com sua postura irresponsável, pela qual paga – ou deveria pagar – o próprio Estado, que precisa cumprir o comando constitucional de assegurar a crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, todos os direitos inerentes à cidadania.

A forma mais eficaz de assegurar direito ao registro seria notificar o indicado como genitor para reconhecer o filho ou comparecer em dia e hora já designados para submeter-se ao exame do DNA. O silêncio ou a ausência à perícia deveria autorizar a expedição do **mandado de registro** e a imposição do **encargo alimentar**. Caso queira alegar a inexistência do vínculo, ele que entre na Justiça buscando a desconstituição do registro. Até ser eventualmente anulado, é ele o pai, devendo assumir todos os encargos decorrentes.

Mesmo que o filho resulte de uma **relação incestuosa**, em que os pais estão ligados por vínculos próximos de parentesco, não há qualquer restrição ao registro. Não existe impedimento ao reconhecimento espontâneo nem à iniciativa judicial para a identificação da paternidade, quer via averiguação, quer via ação investigatória.

12.24. AÇÃO DECLARATÓRIA DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O desenvolvimento da sociedade e as novas concepções da família emprestaram **visibilidade ao afeto**, quer na identificação dos vínculos familiares, quer para definir os elos de parentalidade. Passou-se a desprezar a verdade real quando se sobrepõe um vínculo de afetividade. A maior atenção que começou a se conceder à vivência familiar, a partir do princípio da **proteção integral**, aliada ao reconhecimento da **posse do estado de filho**, fez nascer o que se passou a chamar de **filiação socioafetiva**.

Assim, em vez de se buscar a identificação de quem é o pai ou de quem é a mãe, passou-se a atentar ainda mais ao interesse do filho na hora de

descobrir quem é o seu pai "de verdade", ou seja, aquele que o ama como seu filho e é amado como tal.

Sustenta Belmiro Welter que a absoluta vedação de qualquer discriminação com referência à origem da filiação enseja o reconhecimento da possibilidade de que se investigue não somente a filiação biológica, mas também a filiação socioafetiva.[93] Questiona Zeno Veloso: se o genitor, além de um comportamento notório e contínuo, confessa, reiteradamente, que é o pai daquela criança, propaga esse fato no meio em que vive, qual a razão moral e jurídica para impedir que esse filho, não tendo sido registrado como tal, reivindique, judicialmente, a determinação de seu estado?[94]

Até parece que alguém não pode ter mais de um pai ou de uma mãe. Apesar de a Justiça prestigiar a verdade afetiva, descabido que o estado de filho afetivo não assegure direitos com relação ao genitor biológico. Em boa hora a jurisprudência passou a admitir o reconhecimento da coexistência de mais de um vínculo parental. A declaração de **multiparentalidade** autoriza o duplo registro, para todos os fins.

A possibilidade da **adoção póstuma** (ECA 42 § 6.º), sem que tenha iniciado o respectivo processo, é fruto de construção jurisprudencial. No entanto, é exigida inequívoca manifestação de vontade em adotar. Esta demanda não se confunde com a **declaração de filiação socioafetiva *post mortem***, em que é suficiente a prova de o filho gozar da **posse de estado**, após o falecimento de quem desempenhou as funções de pai. Mas ainda ocorre certo embaralhamento entre as duas demandas.[95]

93. Belmiro Pedro Welter, Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva, 50.

94. Zeno Veloso, Direito brasileiro da filiação e da paternidade, 28.

95. Agravo interno no recurso especial. Ação declaratória. Reconhecimento de filiação socioafetiva. Adoção póstuma. Possibilidade jurídica do pedido. Inequívoca manifestação de vontade do adotante falecido. Em que pese o art. 42, § 6º, do ECA estabelecer ser possível a adoção ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento de adoção, a jurisprudência evoluiu progressivamente para, em situações excepcionais, reconhecer a possibilidade jurídica do pedido de adoção póstuma, quando, embora não tenha ajuizado a ação em vida, ficar demonstrado, de forma inequívoca, que, diante de longa relação de afetividade, o falecido pretendia realizar o procedimento. A identificação da inequívoca vontade do falecido em adotar segue as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. Assim, a adoção póstuma se estabelece diante do reconhecimento da paternidade socioafetiva como realidade social e em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e sua condição social, com preponderância da verdade dos fatos sobre os aspectos da formalização da adoção.

12.25. RECONHECIMENTO DE MULTIPARENTALIDADE

Quando se confronta em alguma ação – quer movida pelo filho, quer pelo genitor registral, biológico ou afetivo – em que se debate, de um lado, o direito ao estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito à manutenção dos vínculos existentes a partir de uma relação de cuidado e afeto, passou a jurisprudência a prestigiar a **posse do estado de filho**.

Reconhecida a coexistência de filiação de origens: uma decorrente de vínculo afetivo e outra oriundo de ascendência biológica, não se impõe a prevalência de um sobre o outro. A solução é o reconhecimento jurídico de ambas.

Conclusão: é inserido no assento de nascimento o nome de mais pais e de mais avós. É o que se passou a chamar de multiparentalidade. Também pode haver mais de dois pais ou de duas mães. Todos assumem as obrigações decorrentes do poder familiar e o filho tem direitos com relação a todos eles. Tanto deveres patrimoniais como extrapatrimoniais.[96] O tema foi consolidado pelo STF.[97]

A declaração da multiparentalidade pode ser levada a efeito de ofício, seja qual for o objeto da ação. Basta que o vínculo pluriparental reste comprovado. Quer via ação investigatória de paternidade movida pelo filho. Quer na ação negatória de vínculo de filiação promovida pelo pai.

Os elementos dos autos são concretos e robustos para a comprovação da filiação socioafetiva, distinguindo o caso, sobremaneira, de outras situações de guarda fática como mero auxílio econômico. Nessa linha, o pedido de adoção *post mortem* deve ser apreciado, mesmo na ausência de expresso início de formalização do processo em vida, já que, no caso concreto, é possível extrair dos autos, dentro do contexto de uma sólida relação socioafetiva construída, que a real intenção do de cujus era assumir os adotandos como filhos. Diante desse cenário, o não reconhecimento da adoção póstuma representaria evidente contrassenso à realidade familiar e social, devendo-se oportunizar a plena consolidação dos vínculos que se estabeleceram concreta e publicamente. (STJ – AgInt no REsp 1.520.454/RS (2014/0001882-3), 4ª T., Rel. Lázaro Guimarães, j. 22/03/2018).

96. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade c/c alteração de registro de nascimento. Filho havido de relação extraconjugal. Conflito entre paternidade socioafetiva e biológica. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Aplicação da *ratio essendi* do precedente do Supremo Tribunal Federal julgado com repercussão geral. Recurso parcialmente provido. (STJ – REsp 1.548.187/SP (2014/0049569-3), 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 27/02/2018).

97. STF – Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

Não há que se falar em decisão *ultra* ou *extra petita*. Simplesmente é acolhido o pedido do autor sem a desconstituição do registro já existente. Certamente não há forma melhor para preservar o melhor interesse de quem tem o direito constitucional à convivência familiar.

Provimento do Conselho Nacional de Justiça[98] admite que se proceda, junto ao Cartório do Registro Civil, o registro voluntário de **filiação socioafetiva**, de quem tiver mais de 12 anos de idade. É indispensável a concordância dos pais registrais e o consentimento do filho para o reconhecimento da **multiparentalidade**, ou paterna ou materna. Administrativamente só é possível o registro de um **ascendente**. O expediente, com as provas da existência do vínculo socioafetivo deve ser submetido ao Ministério Público. O registro depende de o parecer for favorável.

O registro de filiação socioafetiva com relação a mais de um ascendente depende de demanda judicial.

12.26. ALIMENTOS

Para a concessão de **alimentos provisórios** é necessária a prova da obrigação alimentar (LA 2.º). Como a ação investigatória de paternidade busca exatamente a comprovação do vínculo de filiação, a princípio, somente depois de reconhecido é que o filho, de posse da certidão de nascimento, poderia pleitear alimentos por meio de demanda alimentar. Muitas vezes, porém, as ações de reconhecimento da paternidade se arrastam por anos, período em que o autor fica completamente desamparado. Enquanto não ultimado o processo, não haveria obrigação de prestar alimentos, a estimular posturas procrastinatórias. Atentando a essa realidade, passou a jurisprudência a admitir a **cumulação das ações investigatória e de alimentos**. Na sentença, ao ser declarada a paternidade, é imposta a obrigação alimentar. Nessa hipótese, a competência para a ação é o domicílio do alimentando, conforme sumulado pelo STJ.[99]

Ainda assim, estabelecidos alimentos somente no provimento final, persistia a tendência do réu de retardar o momento da sentença, pois até lá não lhe era imposto o encargo. Em boa hora passaram os juízes a fixar **alimentos provisórios** na ação investigatória, bastando que venham, com a inicial, indícios da paternidade: cartas fazendo referência ao filho, fotos com

98. CNJ – Provimento 63/2017, substancialmente alterado pelo Provimento 83/2019.

99. STJ – Súmula 1: O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.

a criança, enfim, qualquer subsídio que permita a **antecipação de tutela**. Ausentes tais provas e negado alimentos provisórios, cabem ser deferidos no momento em que aportem aos autos **indícios** fortes da paternidade. O resultado positivo do DNA, ou até a injustificável recusa do investigado a submeter-se à perícia, autoriza a fixação dos alimentos a qualquer tempo.

A cumulação das demandas não gera somente a possibilidade de antecipação dos alimentos. A grande vantagem em cumular as ações de investigação e de alimentos é que estes são devidos de imediato, a partir da data da decisão que os concede. O recurso não dispõe de **efeito suspensivo**, no que diz respeito com a verba alimentar (CPC 1.012 § 1.º II). Somente a questão da paternidade se sujeita ao duplo efeito. Mas as vantagens não terminam por aí.

Ainda que os alimentos tenham sido estipulados somente na sentença, **retroagem** à data da citação (LA 13 § 2.º). A matéria encontra-se inclusive sumulada pelo STJ.[100]

Este é o marco também quando da alteração dos alimentos.[101]

No entanto, pai é pai desde a **concepção** do filho, e é preciso dar efetividade ao princípio da **paternidade responsável**. O simples fato de não assumir o genitor a responsabilidade parental não pode desonerá-lo de todos os ônus, encargos e deveres decorrentes do **poder familiar**. O filho necessita de cuidados durante a vida intrauterina, a mãe deve submeter-se a exames pré-natais e o parto sempre gera despesas, ainda que feito pelo SUS. Durante a gravidez, a gestante precisa de roupas especiais e alimentação adequada. Por isso, a concessão de **alimentos gravídicos**, nada mais do que a possibilidade de serem deferidos alimentos a partir da concepção, encargo que permanece após o nascimento do filho, independentemente do reconhecimento da paternidade pelo genitor.

A ação de alimentos gravídicos não precisa ser cumulada com demanda de reconhecimento da paternidade. Basta serem indicados sem muito rigorismo indícios do vínculo parental.[102]

---

100. STJ – Súmula 277: Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação.

101. STJ – Súmula 621: Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade.

102. Ação de alimentos gravídicos. Possibilidade, no caso. 1. O requisito exigido para a concessão dos alimentos gravídicos, qual seja, indícios de paternidade, nos termos do art. 6º da Lei 11.804/08, deve ser examinado, em sede de cognição sumária, sem

Como a ação investigatória de paternidade tem carga eficacial **declaratória**, seus efeitos deveriam retroagir à data da **concepção**. Nada justifica livrar o genitor da obrigação de pagar alimentos se tinha ciência da gestação e se negou a reconhecer o filho. Claro que a **alegação do réu** sempre será de que **desconhecia a gravidez**, não sabia do nascimento do filho e não tinha sequer conhecimento de que ele existia, só vindo a saber quando citado para a ação investigatória.

Nessas ações, como ocorre a **inversão dos encargos probatórios** (CPC 373 § 1.º), deve o autor declinar as circunstâncias em que o réu teve ciência da sua concepção, do seu nascimento ou da sua existência. Cabe ao demandado comprovar que desconhecia ser o pai do autor antes de ter sido citado para a ação. Identificado o momento em que tomou ciência da paternidade, este deveria ser o marco inicial da obrigação alimentar.

De qualquer forma, o desconhecimento da condição do pai não pode dispensar os encargos parentais. Sabendo ou não da gravidez, independentemente de quando foi proposta a ação, o débito alimentar existe desde a concepção. Como a mãe proveu sozinha as necessidades do filho, ao menos a título de **sub-rogação**, deveria poder buscar o reembolso do que pagou, o que ensejaria a fixação dos alimentos com efeito retroativo. No entanto, a jurisprudência insiste em estabelecer a **citação** como marco inicial do encargo alimentar (LA 13 § 2.º).

Mesmo quando o autor não pede, deve o juiz fixar a verba alimentícia **de ofício**. Assim já se manifestou o STJ.[103] A justificativa é singela. A lei que

---

muito rigorismo, tendo em vista a dificuldade na comprovação do alegado vínculo de parentesco já no momento do ajuizamento da ação, sob pena de não se atender à finalidade da lei, que é proporcionar ao nascituro seu sadio desenvolvimento. 2. No caso, considerando a caderneta de gestante a comprovar a gestação e, em especial, o teor do mandado de cumprimento de medida protetiva concedida em favor da ora agravante, dando conta de que as partes conviveram por seis meses e que está grávida, há plausibilidade na indicação de paternidade realizada pela agravante, decorrente de relacionamento mantido no período concomitante à concepção, restando autorizado o deferimento dos alimentos gravídicos, no valor equivalente a 30% do salário mínimo nacional. Agravo de instrumento parcialmente provido. (TJRS – AI 70079664876, 8ª C. Cív., Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 21/03/2019).

103. Recurso especial. Investigação de paternidade. Alimentos. 1. A condenação ao pagamento de alimentos independe de pedido expresso na petição inicial da ação de investigação de paternidade, consoante o disposto no art. 7º da Lei 8560/92, bastando que a sentença seja de procedência e o investigante necessitado. 2. Orientação jurisprudencial pacificada desta Corte Superior. 3. Recurso especial provido. (STJ – REsp 1.339.660/TO (2012/0174981-4), Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, p. 22/10/2014).

regulamenta o procedimento oficioso de reconhecimento da paternidade confere ao **Ministério Público** legitimidade para ajuizar a ação investigatória (Lei 8.560/1992 2.º § 4.º). A iniciativa conferida ao Ministério Público é concorrente, não impedindo a quem tenha legítimo interesse intentar a ação (Lei 8.560/1992 2.º § 6.º). De tal sorte, a determinação de que sejam fixados os alimentos não é aplicável somente aos casos em que a demanda foi proposta pelo órgão ministerial. O dispositivo é claro (Lei 8.560/1992 7.º): *Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.* A norma dirige **comando cogente** ao juiz, que deve fixar os **alimentos provisórios** – já que não mais existem **alimentos provisionais** – quando do início da ação, e **alimentos definitivos** na sentença que julga procedente a ação declaratória de paternidade. Não há necessidade sequer de pedido expresso do autor. Trata-se de **pedido implícito**, objeto de cumulação própria sucessiva.[104] Aplica-se a regra tanto em investigatórias ajuizadas pelo Ministério Público, quanto nas intentadas por **qualquer legitimado.**[105]

Deixando o magistrado de atender à tal imposição, cabível fixar a verba em **sede recursal**, ainda que a apelação seja do réu e não haja recurso do investigante. Não se trata de *reformatio in pejus*, uma vez que ficam submetidas ao tribunal todas as questões anteriores à sentença ainda não decididas (CPC 1.013 § 1.º). De qualquer forma, a sentença ficou aquém do seu limite, ou seja, é *citra petita*. E das duas, uma: ou o tribunal **anula** a sentença para que o juiz a complete fixando os alimentos, ou o próprio acórdão estabelece o encargo alimentar. Ainda assim, anulada a sentença, impositivo que, no segundo grau, sejam fixados **alimentos provisórios**, a vigorar de imediato. O juízo de procedência do primeiro grau é forte indício da paternidade, o que autoriza a sua fixação.

---

104. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de A. Nery, Código de Processo Civil comentado, 2.188.

105. Investigação de paternidade. Sentença de reconhecimento da paternidade. Fixação de alimentos devidos da citação. [...] Alimentos. Sentença "ultra" ou "extra petita". Fixação de alimentos que é consequência natural do reconhecimento da paternidade. Art. 7º da Lei 8.560/92. Fixação que independe de formulação de pedido na inicial, podendo ser estabelecida de ofício pelo magistrado, em consideração ao dever de sustento e assistência que assiste aos pais em relação à sua prole. Ausência de surpresa ao réu pela fixação. Necessidade do menor que é presumida em relação a despesas básicas para sua sobrevivência, em relação à alimentação, saúde, estudo, vestuário, lazer, entre outras. Possibilidade do réu que restou incontroversa. Recurso improvido. (TJSP – AC 1031071-12.2014.8.26.0002, 9ª C. Dir. Priv., Rel. Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira, j. 06/10/2020).

Diante do injustificável **erro do procurador** do autor em não pedir alimentos e da **omissão do juiz** em não os fixar, ao relator cabe suprir a lacuna da sentença. Caso contrário, o grande prejudicado será o investigante que, muitas vezes, não vai ter os meios indispensáveis à sua subsistência. De todo descabido que, mesmo depois de reconhecida a paternidade, fique sem a verba alimentar até que intente **ação própria**. Como na ação de alimentos os provisórios são devidos desde a **decisão inicial** (LA 4.º), enorme a lesão se não for estabelecido o encargo na ação investigatória. Isso porque, durante o longo caminho percorrido da citação na ação de investigação até a propositura da ação de alimentos, não há como deixar o filho absolutamente desassistido. Com isso não pode compactuar a Justiça.

Na **ação negatória da paternidade**, descabe a suspensão liminar do encargo alimentar, mesmo que a ação venha instruída com o exame do DNA comprovando a inexistência do vínculo biológico. Isso porque há possibilidade de ser mantida a relação parental caso seja reconhecida a existência de **filiação socioafetiva** com o pai registral.[106]

LEITURA COMPLEMENTAR

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade:* os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais. Curitiba: Juruá, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família:* aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Ed. RT, 1995. vol. 2, p. 170-185.

FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação socioafetiva e alimentos. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das famílias*: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 551-563.

106. Ação negatória de paternidade c/c retificação de registro civil e exoneração de alimentos. Pedido de suspensão da exigibilidade da verba alimentar e do decreto de prisão proferido em ação de execução de alimentos até resultado do exame de DNA. Tutela indeferida. Irresignação do autor. Resultado do exame que, muito embora possa afastar o vínculo biológico, não derrui, de pleno direito, o vínculo socioafetivo. Recurso conhecido e desprovido. A inexistência de vínculo biológico não exonera o Agravante, de pleno direito, da obrigação alimentar, que prevalecerá caso seja evidenciada a paternidade socioafetiva. Destarte, a suspensão da exigibilidade da verba alimentar e, consequentemente do decreto de prisão em caso de inadimplemento, neste momento processual, não é de ser declarada, mantendo-se incólume, portanto, a decisão agravada. (TJSC – AI 40129780520178240000, 4ª C. Dir. Civ., Rel. Joel Figueira Júnior, j. 15/02/2018).

FARIAS, Cristiano Chaves de. Idiossincrasias dos recursos de apelação e de embargos declaratórios nas ações de investigação de parentalidade: a necessidade de uma compreensão cuidadosa em razão do bem jurídico protegido. *Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas.* 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 163-193.

LOUZADA, Flávio Gonçalves. *O reconhecimento da multiparentalidade pelo STF*: o interesse patrimonial em detrimento do afeto? Curitiba: CRV, 2019.

TARTUCE, Fernanda. A ampliação da noção de paternidade e sua prova no processo. In: CARVALHO NETO, Inácio de (coord.). *Novos direitos após seis anos de vigência do Código Civil de 2002.* Curitiba: Juruá, 2009. p. 367-400.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e da paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

13

PODER FAMILIAR

Sumário: 13.1. Visão histórica – **13.2.** Tentativa conceitual – **13.3.** Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente – **13.4.** Pais separados – **13.5.** Exercício: **13.5.1.** Responsabilidade civil – **13.6.** Usufruto e administração de bens – **13.7.** Suspensão e extinção: **13.7.1.** Suspensão; **13.7.2.** Perda – **13.8.** Lei da palmada ou Lei menino Bernardo – **13.9.** Ação de suspensão e destituição – Leitura complementar.

Referências legais: CR 205, 226 § 5.º, 227 e 229; CC 932 I, 1.489 II, 1.579, 1.589, 1.630 a 1.638 e 1.689 a 1.693; Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) 21 a 24, 155 a 163, 201 III e 249; CP 33 § 2.º *c*, 44, 92, II, e 244 a 247; Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) 12; Lei 13.445/2017 (Lei de Migração), 55, II, letra a); CNJ – Instrução Normativa 03/2009 e Provimento 36/2014.

13.1. VISÃO HISTÓRICA

A expressão "poder familiar" adotada pelo Código Civil corresponde ao antigo **pátrio poder**, termo que remonta ao direito romano: *pater potestas* – direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos.[1] A conotação machista do vocábulo é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos. Como lembra Paulo Lôbo, as vicissitudes por que passou a família repercutiram no conteúdo do poder familiar. Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital.[2]

---

1. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 353.
2. Paulo Lôbo, Do poder familiar, 183.

O **Código Civil de 1916** assegurava o pátrio poder exclusivamente ao **marido** como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na sua falta ou impedimento é que a chefia da sociedade conjugal passava à **mulher,** que assumia o exercício do pátrio poder dos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade destes. Só quando enviuvava novamente é que recuperava o pátrio poder (CC/1916 393).

O **Estatuto da Mulher Casada** (Lei 4.121/1962), ao alterar o então Código Civil, assegurou o pátrio poder a ambos os pais, que era exercido pelo marido com a **colaboração da mulher**. No caso de divergência entre os genitores, prevalecia a vontade do pai, podendo a mãe socorrer-se da justiça.

Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram a mudança. Daí: poder familiar.

A **Constituição da República** (5.º I) concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher. Ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CR 226 § 5.º), outorgou a ambos o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns.

O **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter um sentido de **dominação** para se tornar sinônimo de **proteção**, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles. O **princípio da proteção integral** emprestou nova configuração ao poder familiar, tanto que o inadimplemento dos deveres a ele inerentes configura **infração** susceptível à pena de **multa** (ECA 249).

Ainda que o atual **Código Civil** tenha eleito a expressão poder familiar para atender à **igualdade** entre o homem e a mulher, não agradou. Mantém ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família. Critica Silvio Rodrigues: pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra "pátrio" do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere.[3] O poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um **múnus,**[4] e talvez se devesse falar em **função** ou em **dever parental.**

---

3. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 355.
4. Múnus: encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que não se pode fugir.

A expressão que goza da simpatia da doutrina é **autoridade parental**. Melhor reflete a profunda mudança que resultou da consagração constitucional do **princípio da proteção integral** de crianças, adolescentes e jovens (CR 227). Destaca que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, de quem deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade.[5] Mas já surge movimento indicando como mais apropriado o termo **responsabilidade parental**.

Não é somente com relação à expressão poder familiar que o Código Civil é criticado. Repete o que já não tinha nem sentido nem aplicabilidade na legislação pretérita, em face da ordem constitucional. Não disciplina as questões do poder familiar nos novos modelos de família e mantém o antiquado instituto que concede aos pais o usufruto dos bens dos filhos.[6]

13.2. TENTATIVA CONCEITUAL

De **objeto de poder**, o filho passou a **sujeito de direito**. Essa inversão ensejou modificações no conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um **encargo** imposto por lei aos pais.[7] O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de **poder-função** ou **direito-dever**, consagradora da **teoria funcionalista** das normas de Direito das Famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho.[8]

Conforme Caio Mário da Silva Pereira, o Estado fixa limites de atuação aos titulares do poder familiar. A ideia predominante é de que a *potestas* deixou de ser uma prerrogativa do pai para se afirmar como a fixação jurídica do interesse dos filhos.[9] A autonomia da família não é absoluta, sendo cabível – e vez por outra até salutar – a intervenção subsidiária do Estado. O grande desafio é encontrar o ponto de equilíbrio entre duas situações opostas: a supremacia do Estado nos domínios da família e a onipotência daqueles que assumem o poder de direção da família.[10]

A autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo **material**, mas, principalmente, no campo **existencial**, devendo os

5. Paulo Lôbo, Do poder familiar, 178.
6. Denise Damo Comel, Do poder familiar, 315.
7. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 367.
8. José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de Direito de Família, 31.
9. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 222.
10. Taisa Maria Macena de Lima, Responsabilidade civil dos pais..., 673.

pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva.[11] Tentar definir poder familiar nada mais é do que tentar enfeixar o que compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja física, mental, moral, espiritual ou socialmente.[12]

O poder familiar é **irrenunciável, intransferível, inalienável** e **imprescritível**. Decorre tanto da **paternidade natural** como da **filiação legal** e da **socioafetiva**. As obrigações que dele fluem são **personalíssimas**. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família.[13] É crime entregar filho a pessoa inidônea (CP 245).

O poder familiar é sempre **compartilhado** entre os genitores. No entanto, descuidou-se o legislador desses deveres em face dos filhos havidos **fora do casamento**.[14] De forma absurda, condiciona a guarda do filho à **concordância** do cônjuge do genitor (CC 1.611). Com o único propósito de preservar a unidade familiar daquele que reconheceu um filho extramatrimonial, olvida-se a lei que deve obediência à Constituição, a qual consagra o princípio da prevalência do interesse de crianças e adolescentes. Assim, a regra é de se ter simplesmente por não escrita, por sua flagrante **inconstitucionalidade**.

Falando em desrespeito à Constituição, injustificadamente a lei silenciou quanto às demais entidades familiares por ela tuteladas, explícita ou implicitamente.[15] Nada diz, por exemplo, sobre famílias **monoparentais**, **homoparentais** ou **multiparentais** entidades familiares que, constituídas com filhos sujeitos ao poder familiar, necessitam da atenção do legislador.

Todos os filhos, de **zero a 18 anos**, estão sujeitos ao poder familiar, que é exercido pelos pais. Falecidos ou desconhecidos ambos os genitores, na contramão de tudo que vem sendo construído pela doutrina da proteção integral, os filhos ficam sob **tutela** (CC 1.728 I). Arcaico instituto com forte

---

11. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito de Família brasileiro, 147.
12. Waldyr Grisard Filho, Guarda compartilhada, 24.
13. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 211.
14. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 359.
15. Paulo Lôbo, Do poder familiar, 184.

dose de inconstitucionalidade por afrontar a especial proteção que o Estado assegura, com absoluta prioridade, a **crianças e adolescentes**.

O filho maior, mas incapaz, está sujeito à **curatela**, podendo o pai ou a mãe serem nomeados curadores (CC 1.775 § 1.º). Pode ser estabelecida curatela compartilhada a mais de uma pessoa (CC 1.775-A).

13.3. CÓDIGO CIVIL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Não só o Código Civil (1.630 a 1.638), também o ECA trata do poder familiar, quando fala do direito à **convivência familiar** e comunitária (ECA 21 a 24) e da **perda e suspensão do poder familiar** (ECA 155 a 163). Ainda que o ECA seja anterior ao Código Civil, constitui-se em um **microssistema**. Dispondo de um centro de gravidade autônomo, suas regras têm prevalência. As codificações, pelo seu grau de generalidade, não possuem capacidade de influência normativa sobre os estatutos. Por isso, não se vislumbra contradição (cronológica ou de especialidade) entre o ECA e o Código Civil, não se podendo alvitrar sua derrogação, salvo quanto à denominação pátrio poder, substituída por poder familiar.[16]

O ECA (2.º) chama de **criança** quem tem 12 anos incompletos e de **adolescente**, dos 12 aos 18 anos. O Código Civil reconhece como **absolutamente incapazes** os menores de 16 anos (CC 3.º) e como **relativamente incapazes** quem tem entre 16 e 18 anos (CC 4.º I). Quanto à **maioridade**, harmonizam-se ambos os estatutos: aos 18 anos ocorre o implemento da maioridade (CC 5.º e ECA 2.º). Os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas do ECA (CR 228).

O poder familiar é exercido, em **igualdade de condições**, pelo pai e pela mãe na forma da legislação civil (ECA 21). A referência à lei civil é mera superfetação.[17] Ainda que o estatuto menorista ressalte os deveres dos pais, o Código Civil (1.630) se limita a afirmar que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. O filho **não reconhecido** pelo pai fica sob a autoridade da mãe (CC 1.633). Regra, aliás, de todo inútil, pois, desconhecido o pai, é evidente que ele não pode concorrer no exercício do poder familiar.[18] Se a mãe também for desconhecida, o Código Civil coloca o órfão sob a autoridade de um **tutor**. O ECA (28) é

16. Idem, 183.
17. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 368.
18. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 359.

mais abrangente, admitindo a colocação em **família substituta** mediante guarda, tutela ou adoção.

13.4. PAIS SEPARADOS

Como os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos pelo homem e pela mulher (CR 226 § 5.º), a autoridade parental cabe a **ambos os genitores**. Tanto a titularidade como o exercício do poder familiar se dividem igualmente entre os pais (CC 1.631). Durante o **casamento** (CC 1.566 IV) e na vigência da **união estável** (CC 1.724), ambos são detentores do poder familiar. Rompido o vínculo de convívio, o poder familiar segue exercido pelos dois. A unidade da família não se confunde com a convivência do casal, é um elo que se perpetua independentemente da relação dos genitores.[19] É plena a desvinculação legal da proteção conferida aos filhos à espécie de relação dos genitores.[20] Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando do **divórcio** (CC 1.579) ou da **dissolução da união estável** dos genitores. Em caso de **divergência**, qualquer um dos pais pode socorrer-se da autoridade judiciária (CC 1.631 parágrafo único). Findo o vínculo de conjugalidade, sobre o exercício do poder familiar, nada interfere no poder familiar com relação aos filhos (CC 1.632). A não ser que o grau de animosidade dos pais seja de tal ordem a ponto de trazer prejuízo ao filho, deve o juiz estabelecer a **guarda compartilhada** (CC 1.584 § 2.º). O tempo de convívio deve ser dividido de forma **equilibrada**. Ainda assim persiste o dever de ambos de promoverem o sustento da prole. O genitor que tem melhor condição econômica deve prestar **alimentos** ao filho. Neste sentido, Enunciado das Jornadas do Conselho da Justiça Federal.[21]

Como o poder familiar é um complexo de direitos e deveres, a convivência dos pais não é requisito para a sua titularidade, competindo aos dois seu pleno exercício. Têm eles o dever de dirigir a criação e a educação (CC 1.634 I), conceder ou negar consentimento para o filho com idade entre 16 e 18 não se **casar** (CC 1.634 III); para **viajar ao exterior**, ainda que acompanhado de somente um dos pais (ECA 84 e 85), bem como ambos devem representá-lo e assisti-lo judicial ou extrajudicialmente (CC

19. Fabíola Lôbo, Poder familiar nas famílias recompostas..., 169.
20. Gustavo Tepedino, Temas de Direito Civil, 394.
21. JCJF – Enunciado 607: A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia. Jornadas do Conselho da Justiça Federal.

1.634). Sempre que é exigida a concordância dos dois genitores, não basta a manifestação isolada de apenas um, ainda que o filho esteja sob sua guarda. É necessário o **suprimento judicial do consentimento**.

A **guarda unilateral** a um dos genitores só é deferida quando o outro expressamente manifesta o desejo de não exercer a guarda compartilhada (CC 1.584 § 2.º). Ainda assim, mantém o **direito de convivência** (CC 1.632). O exercício exclusivo da guarda não retira nem limita o **poder familiar** do genitor não guardião. Somente na falta ou impedimento de um dos pais é que o outro exerce o poder familiar com exclusividade (CC 1.631).

É deferida a guarda a **terceiros** (CC 1.584 § 5.º) quando o filho é colocado em **família substituta** (ECA 28), ou ainda se ocorre a suspensão ou a extinção do poder familiar. Mesmo assim não se extingue o poder familiar dos pais, persistindo a **obrigação alimentar**.

O casamento ou a união estável do genitor que detém a guarda unilateral ou compartilhada não enseja a perda do poder familiar nem sua **transferência** ao novo cônjuge ou companheiro. É o que se chama de **princípio da incomunicabilidade** (CC 1.636). A lei põe a salvo qualquer espécie de ingerência do novo parceiro na relação entre pais e filhos.[22]

No entanto, em face do prestígio da **filiação afetiva**, a tendência é reconhecer direitos e deveres entre **enteado e padrasto**. Tanto que é possível a adoção do seu **sobrenome** (LRP 57 § 8.º). Comprovada a **filiação socioafetiva** entre ambos, é possível a **adoção unilateral** (ECA 41 § 1.º). Também sua inclusão como dependente no âmbito do **direito previdenciário** (Lei 8.213/1991 16 § 2.º). Do mesmo modo, cabe a imposição de **obrigação alimentar** a favor do enteado, o que não exime o dever do não guardião de continuar provendo o sustento do filho (CC 1.589).

13.5. EXERCÍCIO

Elenca o Código uma série de obrigações dos genitores quanto à pessoa dos filhos enquanto menores (CC 1.634). Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza material. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a **afetividade responsável** que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim,

22. Fabíola Lôbo, Poder familiar nas famílias recompostas..., 169.

pela convivência familiar.[23] Daí o reconhecimento da responsabilidade civil do genitor por **abandono afetivo**, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por **dano afetivo**.

A listagem dos deveres inerentes ao poder familiar também não faz referência expressa aos deveres impostos aos pais pela Constituição (CR 227 e 229) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA 22). Assim, às obrigações e aos direitos previstos pela lei civil somam-se todos os outros que também são derivados do poder familiar.

Como o **ensino** é reconhecido como um **direito subjetivo público**, é dever do Estado e da família promovê-lo e incentivá-lo (CR 205 e 208 § 1.º). Portanto, mais um dever é atribuído aos pais: manter os filhos na escola. O inadimplemento deste encargo, além de configurar o delito de **abandono intelectual** (CP 246), também constitui **infração administrativa** (ECA 249).

Aliás, no dever de alimentos, de modo expresso está imposta a obrigação de atender às necessidades de **educação** (CC 1.694). A omissão de garantir-lhe a sobrevivência, deixando imotivadamente de pagar os alimentos, configura o delito de **abandono material** (CP 244).

Havendo negligência do genitor na constante atuação da educação e da formação escolar da prole, cabe ser invocada sua **responsabilidade civil** (CC 186), de modo a gerar **obrigação indenizatória** por danos pessoais ou materiais.[24]

Quando não existe comprovação de dolo ou culpa, inclina-se a jurisprudência em não aplicar pena de multa aos genitores que não conseguem obrigar os filhos a frequentar a escola (ECA 249).[25] Como é proibido castigar os filhos (CPC 1638 I e ECA 18-A e 18-B), torna-se difícil aos pais cumprirem tal obrigação. Assim, em vez de punir o genitor, é dever do Estado intervir de forma mais efetiva, disponibilizando acompanhamento psicológico a quem se nega a estudar.

---

23. Ana Carolina Brochado Teixeira, Responsabilidade civil..., 156.
24. Taisa Maria Macena de Lima, Responsabilidade civil dos pais..., 628.
25. Infração administrativa. Falta escolar. Art. 249 do ECA. Omissão dolosa ou culposa não comprovada. Improcedência da representação. No intuito de se impor a multa prevista no artigo 249 do ECA à genitora que descumpre dever inerente ao poder familiar, deixando de adotar as medidas necessárias a que a filho menor frequente regularmente a escola, é necessária a prova do elemento subjetivo, caracterizado por dolo ou culpa, caso contrário, impõe-se a rejeição da respectiva representação. Recurso conhecido e desprovido. (TJGO – AC 00165433720168090052, 6ª C. Cív., Rel. Doraci Lamar Rosa da Silva Andrade, j. 23/08/2019).

A escola tem o dever de informar a ambos os pais – vivam eles juntos ou separados – sobre a frequência e o rendimento dos filhos (Lei 9.394/1996 12 VII). A omissão sujeita a escola ao pagamento de **multa** (CC 1.584 § 6.º). A possibilidade de submeter os filhos a **serviços próprios de sua idade e condição** é incompatível com o princípio constitucional da dignidade da pessoa (CR 1.º III). Trata-se de exploração da vulnerabilidade dos filhos menores, o que pode configurar exploração de trabalho infantil (ECA 60) e ser considerado **abuso** (CR 227 § 4.º).

13.5.1. Responsabilidade civil

Pelos atos dos filhos, enquanto menores, são responsáveis os pais (CC 932 I). Trata-se de **responsabilidade civil objetiva por ato de terceiro**. Ainda que a referência legal seja ao genitor que estiver com os filhos em sua **companhia**, descabido não responsabilizar também o não guardião. Não há como excluir a responsabilidade de um dos pais pelos atos praticados pelos filhos, por estarem eles sob a guarda do outro.[26] Afinal, nem a guarda unilateral limita ou restringe o poder familiar de ambos (CC 1.634).

A **responsabilidade parental** não decorre da guarda, mas do poder familiar, que é exercido por ambos. Dentre seus deveres encontra-se o de

26. Responsabilidade civil por fato de outrem. Pais pelos atos praticados pelos filhos menores. Ato ilícito cometido por menor. Responsabilidade civil mitigada e subsidiária do incapaz pelos seus atos (CC, art. 928). Litisconsórcio necessário. Inocorrência. 1. A responsabilidade civil do incapaz pela reparação dos danos é subsidiária ■ mitigada (CC, art. 928). 2. É subsidiária porque apenas ocorrerá quando os seus genitores não tiverem meios para ressarcir ■ vítima; é condicional e mitigada porque não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. único e En. 39/CJF); ■ deve ser equitativa, tendo em vista que ■ indenização deverá ser equânime, sem ■ privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art. 928, par. único e En. 449/CJF). 3. Não há litisconsórcio passivo necessário, pois não há obrigação – nem legal, nem por força da relação jurídica (unitária) – da vítima lesada em litigar contra o responsável e o incapaz. É possível, no entanto, que o autor, por sua opção e liberalidade, tendo em conta que os direitos ou obrigações derivem do mesmo fundamento de fato ou de direito (CPC, 73, art. 46, II) intente ação contra ambos – pai ■ filho –, formando-se um litisconsórcio facultativo ■ simples. 4. O art. 932, I, do CC ao se referir ■ autoridade e companhia dos pais em relação aos filhos, quis explicitar o poder familiar (a autoridade parental não se esgota na guarda), compreendendo um plexo de deveres, como proteção, cuidado, educação, informação, afeto, dentre outros, independentemente da vigilância investigativa e diária, sendo irrelevante a proximidade física no momento em que os menores venham a causar danos. 5. Recurso especial não provido. (STJ – REsp 1.436.401/MG (2013/0351714-7), 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02/02/2017).

exercer a guarda unilateral ou compartilhada (CC 1.634 II). O fim da conjugalidade dos genitores não livra qualquer deles dos encargos decorrentes do **poder familiar**. Não se alteram as relações entre pais e filhos (CC 1.632). Somente a falta de impedimento de um deles transfere ao outro o exercício com exclusividade do poder familiar (CC 1.631). Ora, o distanciamento físico do filho com um dos pais não configura impedimento que alije o pai dos deveres que lhe são inerentes. Sequer as novas núpcias ou a constituição de união estável o faz perder o poder familiar (CC 1.636).

De outro lado, a instituição da **guarda compartilhada** como obrigatória, quando ambos os pais têm condições de exercê-la (CC 1.584 § 2.º), impõe a responsabilização conjunta e o exercício dos deveres concertantes ao poder familiar (CC 1.583 § 1.º). O tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre os pais (CC 1.583 § 2.º).

O fato de o filho estar sob a **guarda unilateral** de um não subtrai do outro o direito de convivência. Mesmo que o filho não esteja na sua companhia, está sob sua **autoridade**. Nem o divórcio dos pais modifica seus direitos e deveres com relação à prole (CC 1.579). Assim, de todo descabido livrar a responsabilidade do genitor, pelo simples fato de o filho não estar na sua companhia. Encontrando-se ambos no exercício do poder familiar, os dois respondem pelos atos praticados pelo filho. Conceder interpretação literal a dispositivo que se encontra fora do livro do Direito das Famílias e divorciado de tudo que vem sendo construído para prestigiar a paternidade responsável é incentivar o desfazimento dos elos afetivos das relações familiares.

A **responsabilidade** dos pais é **objetiva** (CC 933). Atende aos princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente. Como o poder familiar é exercido por ambos os genitores, ainda que o casal esteja separado, o patrimônio de **ambos os genitores**, e não só o do guardião, deve responder pelos danos causados pelos filhos.

Somente se pode cogitar da responsabilidade do **padrasto** pelo ato ilícito do enteado quando não houver o exercício do poder familiar por parte dos pais.

13.6. USUFRUTO E ADMINISTRAÇÃO DE BENS

Como os menores de idade não têm capacidade de gerir sua pessoa e bens, até os 16 anos são **representados** e, dos 16 aos 18 anos, são **assistidos** por seus genitores. Dentro da esfera patrimonial, o primeiro dever imposto aos pais, no exercício do poder familiar, é o de administrar os bens dos

filhos.[27] O Código Civil é absolutamente omisso no que se refere ao modo como eles devem proceder. Apesar disso, é certo que o desempenho da função se submete à regra geral do exercício do poder familiar, pelo que deve visar precipuamente ao interesse da prole.[28]

Dispõem os pais do **usufruto legal** dos bens dos filhos, partindo-se do pressuposto – para lá de equivocado – de que os rendimentos se compensam com as despesas de criação e de educação. Essa explicação não se harmoniza com a melhor e mais atual concepção do poder familiar. É preciso concordar com Denise Comel: não há falar em compensação econômica diante de função que tem origem no direito natural, configurando dever legal e de ordem pública, também irrenunciável, e que visa, sobretudo, ao interesse e benefício do filho.[29] Concedendo a lei ao detentor do poder familiar o usufruto dos bens dos menores, a tendência da doutrina é entender que lhe pertencem os **rendimentos** que daí advêm.[30] Porém, este poder não é absoluto.[31] O usufruto é instituído no interesse do filho, não podendo eles se apropriar de todos os rendimentos.[32]

Como se trata de direito concedido de forma conjunta a ambos os pais, estando um deles na posse exclusiva do bem imóvel pertencente ao filho, deve pagar ao outro genitor o valor correspondente à metade do preço da **locação**.

A lei não prevê a obrigação dos pais de **prestar contas** ao filho da administração de seu patrimônio, até porque, sendo eles os administradores por mandato legal, os rendimentos lhes pertencem. Para Denise Comel, a imposição de tal encargo, embora de difícil realização na prática, melhor atenderia ao interesse do filho.[33] Em face do direito de usufruto é que recomenda a lei que não deve casar quem não fez a partilha dos bens, quer

---

27. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 364.
28. Denise Damo Comel, Do poder familiar, 149.
29. Idem, 142.
30. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 364.
31. Inventário. Valores pertencentes aos herdeiros menores em fundos de investimento. Transferência para conta judicial. Necessidade, em atenção aos superiores interesses dos menores. Limitação à administração e usufruto dos bens dos menores pelo genitor. Artigo 1.689, do CC. Não é absoluto o direito de o genitor administrar e usufruir os bens dos filhos menores sob sua autoridade. Inteligência do artigo 1.689, do Código Civil. Doutrina e precedentes. [...] (TJSP – AI . 2115720-20.2019.8.26.0000, 8ª C. Dir. Priv., Rel. Alexandre Coelho, j. 10/07/2019).
32. Denise Damo Comel, Do poder familiar, 147.
33. Idem, 160.

em face da morte do cônjuge, quer quando do divórcio (CC 1.523 I e III). A quem desobedece tal determinação, é imposto o **regime de separação de bens** (CC 1.641 I). Além disso, confere a lei **hipoteca legal** aos filhos sobre os bens imóveis do genitor que vier a casar sem fazer o inventário do casamento anterior (CC 1.489 II). Este ônus existe tanto no falecimento como no divórcio, sem que tenha se procedido à partilha de bens.

Ainda que sejam os genitores os administradores e usufrutuários dos bens da prole, não podem **aliená-los** nem **os gravar de ônus real**. Também não podem contrair **obrigações** que ultrapassem a simples **administração**, salvo por necessidade ou evidente interesse do filho (CC 1.691). Em qualquer hipótese, para a prática de tais atos, devem os pais se socorrer do juiz, comprovando que vêm em proveito do filho. Deixando o detentor do poder familiar de buscar **autorização judicial**, é possível desconstituir as transações levadas a efeito. Além do filho, seus herdeiros ou seu representante legal (CC 1.691 parágrafo único) e também o **Ministério Público** dispõem de legitimidade para buscar a anulação (ECA 201 VIII). Como houve infringência a dever decorrente do poder familiar, o genitor se sujeita a pena pecuniária (ECA 249).

A condição de usufrutuário confere aos pais acesso às medidas legais à preservação do patrimônio dos filhos. Ainda que os bens não sejam seus, eles têm **legitimidade ordinária** para a demanda, podendo fazer uso das ações possessórias para defender a posse, da qual são titulares.

Quando **colidirem** os interesses do pai e do filho (por exemplo, sendo ambos herdeiros em um inventário), deve o juiz nomear o defensor público como **curador especial** (CC 1.692 e CPC 72 I). Não é necessário que o conflito seja manifesto, basta haver **colisão de interesses.**[34]

Vindo o genitor a arruinar os bens do filho, fica sujeito à **suspensão do poder familiar** (CC 1.637). Alguns bens são **excluídos da administração** parental (CC 1.693). Os valores recebidos e os bens adquiridos pelo filho maior de 16 anos são **bens reservados**, ou seja, o que perceber no desempenho de atividade laboral não se sujeita à administração do genitor. No entanto, como é possível, a partir dos 14 anos, o trabalho de **aprendiz** (CR 7.º XXXIII), atividade que é remunerada, descabido que reste o genitor como **usufrutuário** do salário percebido pelo filho.

Atingindo o filho a **maioridade**, os bens lhe são entregues com seus acréscimos, não tendo ele direito de pedir que o genitor lhe preste contas.

34. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 365.

Em contrapartida, o pai também não pode exigir qualquer **remuneração** pelo trabalho desempenhado.

13.7. SUSPENSÃO E EXTINÇÃO

O Estado moderno sente-se legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem.[35] Assim, dispõe do direito de **fiscalizar** o adimplemento dos deveres decorrentes do poder familiar, podendo suspendê-lo e até excluí-lo, quando um ou ambos mantêm comportamento que possa prejudicar o filho. É prioritário o dever de preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afastá-los do convívio de seus pais.

A suspensão e a destituição do poder familiar constituem **sanções** aplicadas aos genitores por infração aos deveres que lhes são inerentes, ainda que não sirvam como pena ao pai faltoso.[36] O intuito não é **punitivo.** Visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua mantença coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Assim, havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a suspensão do poder familiar.

A perda ou suspensão do poder familiar não retira dos pais o dever de **alimentos.** Entendimento em sentido contrário seria premiar quem faltou com seus deveres.[37] Tampouco a colocação da criança ou do adolescente em **família substituta,** ou sob **tutela,** afasta o encargo alimentar dos genitores.[38] Trata-se de obrigação unilateral, intransmissível, decorrente da condição de filho e independente do poder familiar.[39] Nem mesmo quando o filho é **adotado** cessaria o encargo alimentar. Apesar de o ECA (267) expressamente ter

35. Idem, 368.
36. Paulo Lôbo, Do poder familiar, 188.
37. Maria Paula Gouvêa Galhardo, Da destituição do pátrio poder e dever alimentar, 43.
38. Destituição do poder familiar dos genitores. Fixação de alimentos em favor do menor. [...] Elementos de prova nos autos a indicar ▪ situação de abandono e exposição a risco. Não cumprimento reiterado dos deveres inerentes ao poder familiar. Destituição que se impõe, fundada no superior interesse do adolescente. Inteligência dos artigos 1.635 e 1.638, ambos do Código Civil, e artigo 24, do ECA. Dever de alimentos que permanece em razão do vínculo de parentesco. Alimentos devidos por cada um dos genitores no valor de 1/3 do salário mínimo. Pretensão de redução do montante estabelecido. Mínimo existencial necessário. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP – AC 13275456, Rel. Des. Guilherme G. Strenger, j. 03/02/2020).
39. Denise Damo Comel, Do poder familiar, 100.

revogado o Código de Menores (Lei 6.697/1979). Mas Maria Paula Gouvêa Galhardo sustenta que persiste em vigor o seu art. 45, parágrafo único, que diz que a perda ou a suspensão do pátrio poder não exonera os pais do dever de sustentar os filhos. Mesmo não reproduzida a regra no ECA, não se conflitam, guardando consonância com o princípio da proteção integral.[40]

A **perda** do poder familiar não rompe o vínculo de parentesco. Porém, destituído o genitor do poder familiar, não dá para admitir que conserve o **direito sucessório** com relação ao filho. No entanto, o filho permanece com direito à herança do pai. Ainda que esta distinção não esteja na lei, atende a elementar regra de conteúdo ético.[41]

Declina a lei **causas** de suspensão, de extinção e de perda do poder familiar, de **forma genérica**, dispondo o juiz de ampla liberdade na identificação dos fatos que possam levar ao afastamento temporário ou definitivo das funções parentais.

Há um tema novo, que vem ganhando relevo nas relações de trabalho, mas que cabe ser contrabandeado para o âmbito do Direito das Famílias. Trata-se do **assédio moral**, que se pode ver configurado no exercício indevido do poder familiar. O uso, ou melhor, o abuso no exercício de poder, fruto do desequilíbrio das partes, não existe somente no âmbito das relações de emprego. Também na família essa postura pode ser flagrada e merece ser reprimida.

13.7.1. Suspensão

A suspensão do exercício do poder familiar cabe nas hipóteses de **abuso de autoridade** (CC 1.637): faltar aos deveres de sustento, guarda e educação ou arruinar os bens dos filhos. Compete aos pais assegurar-lhes (CR 227): vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, além de não poder submetê-los à discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A suspensão do poder familiar é medida **menos grave**, tanto que se sujeita a **revisão**. Superadas as causas que a provocaram, pode ser cancelada sempre que a convivência familiar atender ao interesse dos filhos. A suspensão é **facultativa**, podendo o juiz deixar de aplicá-la.[42] Pode ser

40. Idem, 44.
41. Maria Berenice Dias, Manual das Sucessões, 38.
42. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 369.

decretada com referência a um único filho, e não a toda a prole. Também pode abranger apenas algumas prerrogativas do poder familiar. Por exemplo, em caso de má gestão dos bens dos filhos, é possível somente afastar o genitor da sua administração, permanecendo com os demais encargos.

Apesar de o genitor ter o **dever de sustento** da prole, o descumprimento desse encargo não justifica nem a perda, nem a suspensão do poder familiar (ECA 23).

Desarrazoada a suspensão do poder familiar em face de **condenação** do guardião, cuja pena exceda a dois anos de prisão (CC 1.637 parágrafo único). Tal quantidade de pena não implica em **privação da liberdade** em regime fechado ou semiaberto. O cumprimento de pena igual ou inferior a quatro anos se sujeita ao regime aberto, desde que não haja reincidência (CP 33 § 2.º *c*), havendo a possibilidade de sua substituição por sanções restritivas de direitos (CP 44). Ao depois, existem creches nas penitenciárias femininas, e as mães ficam com os filhos em sua companhia, enquanto forem de tenra idade. Como a suspensão visa a atender ao interesse dos filhos, descabida a sua imposição de forma discricionária, sem qualquer atenção ao que mais lhes convém.

A garantia de **convivência** assegurada aos filhos com mães e pais **privados de liberdade** (ECA 19 § 4º) acabou por revogar o indigitado dispositivo da lei civil. O direito de visita independe de autorização judicial e atende ao melhor interesse dos filhos.[43] Como a **condenação criminal** não implica a **destituição do poder familiar**, às claras que não enseja a sua **suspensão**, a não ser quando se tratar de crime doloso contra o próprio filho.

13.7.2. Perda

Distingue a doutrina perda e extinção do poder familiar. **Perda** é uma sanção imposta por **sentença judicial**, enquanto a **extinção** ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo. Assim, há impropriedade

43. Habeas corpus. Paciente pai de criança menor de 12 anos. Possibilidade de receber visitas do filho. Constata-se, porém, uma violação de direitos da criança e do preso, decorrente de uma atuação contraditória do Estado – ao exigir que somente a representante legal acompanhe o filho nas visitas ao pai, ao mesmo tempo em que suspendeu o direito de visita da mãe da criança (sofreu sanção administrativa), impedindo que ela ingresse no estabelecimento prisional –, privando, assim, que pai e filho tenham o mínimo de convivência, aspecto que deve ser corrigido no presente habeas corpus. Constrangimento ilegal. (STJ – HC 552.090/SP (2019/0374847-0),5ª T., Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 18/02/2020).

terminológica na lei que utiliza indistintamente as duas expressões.[44] A perda do poder familiar é sanção de **maior alcance** e corresponde à infringência de um dever mais relevante, sendo **medida imperativa**, e não facultativa.[45]

Traz a lei um rol de causas que leva à **extinção do poder familiar** (CC 1.635) e outro que autoriza sua **perda** (CC 1.638). Ambas precisam ser decretadas judicialmente. Tanto um elenco quanto o outro são meramente **exemplificativos**. Como deve prevalecer o interesse dos filhos, a postura incompatível dos pais autoriza a destituição do poder familiar.[46]

Há, ainda, outra hipótese: cometido **crime doloso contra o filho**, punido com pena de reclusão (ECA 23 § 2.º). A perda do poder familiar é **efeito anexo** da condenação (CP 92 II).

A **morte** de um dos pais faz concentrar no sobrevivente o encargo familiar.

A **emancipação** (CC 5.º parágrafo único I) é concedida pelos pais, mediante instrumento público. Dispensa homologação judicial se o filho contar com mais de 16 anos. O casamento também enseja sua emancipação. A emancipação não afasta a proteção do ECA[47] nem se reflete na esfera penal.

A **adoção** (ECA 41), ao impor o corte definitivo com o parentesco original, leva ao desaparecimento do poder familiar dos pais biológicos.

A vedação ao **castigo imoderado** (CC 1.638 I) revelava, no mínimo, tolerância para com o castigo **moderado**. O castigo físico afronta um punhado de normas protetoras de crianças e adolescentes, que desfrutam do direito fundamental à inviolabilidade da pessoa humana, que também é oponível

---

44. Romualdo Baptista dos Santos, O Código Civil de 2002:..., 499.

45. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 369.

46. Destituição do poder familiar. Casal com 6 filhos menores acolhidos em abrigo. Negligência dos pais. Abandono. Destituição do poder familiar. 1. Os estudos realizados nos autos evidenciaram a negligência dos pais apelantes na criação dos filhos. Afinal, não conseguiram dar ao filho mais velho (pessoa com deficiência) o cuidado especial de que necessitava e ainda deixavam os filhos menores sozinhos em casa ou com vizinhos. 2. Há ainda relatos de agressões físicas e verbais entre o casal, na presença dos filhos, bem como pouco cuidado com a organização e higiene da casa. 3. Dessa forma, ocorreu no caso fatos graves e justificadores da perda do poder familiar, conforme previstos no art. 1.638, II do CC. 4 [...] 5. Nesse contexto, não há como insistir na reinserção das crianças no ambiente familiar. Melhor mantê-las no abrigo e encaminhá-las para adoção. 6. Negado provimento ao recurso. (TJPE – Ap 5.114.172/PE, 3ª C. Civ., Rel. Francisco Eduardo Goncalves Sertorio Canto, j. 14/02/2019).

47. FONAJUP – Enunciado 03: A emancipação não afasta a proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente e das portarias dos Juizados da Infância e Juventude.

aos pais. Com a aprovação da chamada **Lei da Palmada** ou **Lei Menino Bernardo** (ECA 18-A e 18-B), o dispositivo da lei encontra-se revogado.

A identificação da prática de atos que afrontem a **moral** e os **bons costumes** (CC 1.638 III) cabe ser aferida objetivamente, incluindo as condutas que o direito considera ilícitas. Porém, não se pode subtrair a possibilidade de o juiz decidir pela exoneração diante de fatos que considere incompatíveis com o poder familiar e configurem abuso de autoridade.

A prática de atos de abuso de autoridade, o descumprimento dos deveres parentais ou delapidar o bem dos filhos, quando reiterados, levam à perda do poder familiar (CC 1.638 IV). Outra causa que enseja a perda do poder familiar é a entrega de filho à adoção, sem atender aos preceitos legais (CC 1.638 V).

Em qualquer circunstância, o supremo valor é o melhor interesse do menor. Como o afastamento do filho do convívio de um ou de ambos os pais certamente produz sequelas que podem comprometer seu desenvolvimento psicológico, recomendável que, ao ser decretada a suspensão ou perda do poder familiar, seja aplicada alguma **medida protetiva** de acompanhamento, apoio e orientação tanto ao filho (ECA 100) como a seus pais (ECA 129). Caso o filho seja acolhido em programa institucional ou familiar, é elaborado um plano individual de atendimento (ECA 101 § 4.º).

A perda da autoridade parental por **ato judicial** (CC 1.638) leva à extinção do poder familiar (CC 1.635 V), que é o aniquilamento, o término definitivo, o fim do poder familiar.[48] A extinção é imperativa, e não facultativa. Abrange toda a prole, por representar o reconhecimento judicial que o titular do poder familiar não está capacitado para o seu exercício.[49]

No entanto, inclina-se a doutrina em admitir a possibilidade de **revogação** da medida.[50] Ou seja, a perda é permanente, mas não seria definitiva. Os pais podem recuperar o poder familiar, desde que comprovem a cessação das causas que a determinaram. Como o princípio da proteção integral dos interesses da criança, por imperativo constitucional, deve ser o norte, parece que a regra de se ter por extinto o poder familiar em toda e qualquer hipótese de perda não é a que melhor atende aos interesses do menor.[51]

48. Denise Damo Comel, Do poder familiar, 296.
49. Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis, Alienação parental, 31.
50. Neste sentido: Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 242 e Orlando Gomes, Direito de Família, 293.
51. Denise Damo Comel, Do poder familiar, 296.

13.8. LEI DA PALMADA OU LEI MENINO BERNARDO

A Lei 13.010/2014, conhecida como Lei da palmada ou Lei menino Bernardo,[52] visa coibir a violência por parte de quem tem o dever legal de proteger, cuidar e educar. Define como **castigo físico** o uso da força física que resulta em sofrimento ou lesão física, mesmo que disponha de natureza disciplinar ou corretiva. São consideradas **tratamento cruel ou degradante** a conduta que humilha, a ameaça grave ou a postura que ridicularize. O adulto se prevalece da desproporcionalidade da força física, do medo, do respeito e até do afeto que, de um modo geral, crianças e adolescentes nutrem pelas pessoas que os têm em sua companhia e guarda.

A Lei desdobrou alguns artigos do ECA e acrescentou um parágrafo à Lei de Diretrizes e Bases,[53] assegurando a crianças e adolescentes o direito de serem criados e educados sem o uso de castigo físico ou tratamento cruel ou degradante.

Estão sujeitos à sanção legal quaisquer pessoas encarregadas de cuidar, tratar, educar e proteger crianças e adolescentes: pais ou responsáveis, integrantes da família ampliada e agentes públicos executores de medidas socioeducativas. Aos infratores está prevista a imposição de cinco medidas, que vão desde o encaminhamento dos responsáveis a programa de proteção à família, a imposição de tratamento psicológico ou psiquiátrico, até a mera advertência. Também pode ser determinado o encaminhamento da criança a tratamento especializado.

Não houve a **criminalização** dos pais e responsáveis que agridem sob qualquer pretexto: correção, disciplina ou educação. De forma surpreendente é atribuído ao **Conselho Tutelar** a imposição das medidas legais, apesar de todos saberem que a forma eletiva de escolha dos conselheiros, sem a exigência de qualquer qualificação, tem comprometido, em muito, as atividades que deveriam desenvolver. Ao depois, as medidas aplicadas pelos conselheiros tutelares certamente serão questionadas judicialmente, por ausência de procedimento sujeito ao contraditório.

As demais regras trazidas pela Lei se limitam a determinar a adoção de **políticas públicas**, como campanhas educativas, capacitação profissional etc. Proposições que, sem imposição coercitiva, acabam virando letra morta, pois certamente não irão despertar o interesse do poder público,

---

52. O nome é uma alusão ao infortúnio ocorrido com Bernardo Boldrini que, aos 11 anos, órfão de mãe, foi morto pela madrasta e pelo pai.
53. Acrescentou o § 8.º ao art. 26 da Lei 9.394/1996.

que nunca se preocupou com questões familiares, consideradas de âmbito privado.

De qualquer modo, o seu grande mérito foi ter acabado com a absurda permissão de os pais castigarem os filhos, ainda que moderadamente. Isto porque só o castigo imoderado ensejava a perda do poder familiar (CC 1.638 I). Ou seja, o castigo moderado era admitido. Agora não mais. Quem impinge castigo físico ou tratamento cruel ou degradante fica sujeito a cumprir medidas de caráter psicossociais.

A ação do genitor configura falta aos deveres inerentes ao poder familiar, podendo o juiz adotar as medidas previstas no Código Civil (1.637).

Mas talvez o seu ponto mais nefrálgico seja não ter contemplado a **violência psicológica**, a **negligência**, a **agressão emocional**, que causam danos muito maiores do que a violência física. Afinal, são agressões que afetam a alma e deixam cicatrizes invisíveis aos olhos, mas que comprometem o desenvolvimento sadio e a formação psíquica da vítima.

Com igual propósito, o ECA (70-B) impõe às entidades públicas e privadas que atuam junto a crianças e adolescentes a mantença em seus quadros de pessoas capacitadas para reconhecer e comunicar ao Conselho Tutelar, suspeitas ou casos de maus-tratos.

Esta mesma responsabilidade é atribuída às pessoas encarregadas do cuidado, assistência ou guarda de crianças e adolescentes, em razão de cargo, função, ofício, ministério, profissão ou ocupação (ECA 94-A).

13.9. AÇÃO DE SUSPENSÃO E DESTITUIÇÃO

Tanto a suspensão quanto a destituição do poder familiar dependem de procedimento judicial. Tais ações podem ser propostas por **um dos genitores** frente ao outro.

O **Ministério Público** (ECA 201 III) tem legitimidade para promover a ação contra ambos ou contra somente um dos pais. Nessa hipótese, não é necessária a nomeação de curador especial.

Cabe lembrar que uma das atribuições do **Conselho Tutelar** é representar ao Ministério Público para o efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar (ECA 136 XI). Mas tal prerrogativa não confere legitimidade ao **Conselho Tutelar** para propor a ação.

Assegurado direito de agir a quem tenha legítimo interesse (ECA 155), é de se reconhecer a legitimidade de qualquer **parente** para propor a ação.

Mas é indispensável a citação dos pais, que precisam figurar na ação como **litisconsortes necessários**.

Depois de destituído, o genitor não tem mais legitimidade para participar de demanda que diga respeito à criança.[54]

Para a identificação do **juízo competente**, é necessário atentar à situação em que se encontra a criança ou o adolescente. Ainda que seja buscada a exclusão do poder familiar, se ele está na companhia de algum familiar, a competência é das **varas de família**. Havendo **situação de risco** (ECA 98), não estando **seguro**, sob a guarda de pessoa de sua família (pais, avós, tio etc.), a ação deve ser proposta nas **varas da infância e juventude** (ECA 148 parágrafo único).

A depender do grau de prejuízo a que está submetida a vítima, é possível a **suspensão liminar ou incidental** do poder familiar (ECA 157). O pedido de **tutela de urgência** pode ser formulado em **procedimento autônomo** (CPC 303), ou como **tutela cautelar** em caráter antecedente, no âmbito da ação de destituição do poder (CPC 305),[55] para a imediata

54. Ação de guarda. Ausência de legitimidade recursal da genitora destituída do poder familiar. Recurso conhecido e desprovido. 1. A mãe biológica destituída do poder familiar, em razão de comprovada prática de negligência e abandono, tendo o *decisum* transitado em julgado em 09/05/2013, não tem legitimidade para recorrer das decisões que conferiram a guarda da menor à família substituta em detrimento da família extensa (avô materno e cônjuge). 2. Pois, ao ser destituída do poder familiar, descabe qualquer participação da genitora no destino de sua prole, cabendo às autoridades promover os cuidados da menor até a sua colocação em família extensa ou substituta, a depender das circunstâncias fáticas, sempre no intuito de se observar o melhor interesse dela. 3. Desse modo, reconhecendo que a destituição do poder familiar implicou na ruptura dos laços jurídicos entre a genitora e a menor, impõe-se no reconhecimento da ilegitimidade de M. C. D. T. 4. Recurso conhecido e desprovido. (STJ – REsp 1.330.265/ES (2018/0180049-0), Rel. Min, Raul Araújo, p. 25/10/2019).

55. Ação de destituição do poder familiar e colocação em família substituta. Insurgência dos genitores contra decisão que determinou a suspensão do poder familiar e providências para o encaminhamento dos menores à família substituta. Pretensão que não se coaduna com o panorama familiar retratado nas avaliações técnicas da unidade de acolhimento e da equipe do juízo, bem como a ausência de perspectivas de reversão do aludido quadro. Agravo não provido. 1. Menores em situação de vulnerabilidade e acolhidos em instituição, por desídia dos genitores. 2. Relatórios técnicos que reforçam a ausência de perspectiva favorável ao retorno dos filhos à família de origem ou extensa. 3. Em se tratando de medida emergencial que tutela os direitos e garantias dos menores, o encaminhamento dos menores ao programa de inserção em família substituta demonstra ser a providência mais indicada. [...]. (TJSP – Ac. 13165737, C. Esp., Rel. Des. Artur Marques, j. 10/12/2019).

colocação em **família substituta** (ECA 166). Também é possível deixá-la sob a **guarda** de quem promove a ação, e que já mantém com a criança vínculo de filiação socioafetiva.

O réu deve ser citado pessoalmente. Quando estiver **privado de liberdade**, o oficial de justiça tem o dever de questioná-lo se deseja a nomeação de um defensor (ECA 159 parágrafo único). Enquanto não tiver advogado constituído, o juiz nomeia o defensor público como **curador especial** (CPC 72 II).

Mesmo **não contestada a ação**, deve o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinar a realização de **estudo psicossocial** e a ouvida de testemunhas sobre a existência de causa que leve à suspensão ou destituição do poder familiar (ECA 161 § 1.º).

A entrega do filho a terceiro, a configurar a prática de "**adoção à brasileira**", não é causa suficiente para a destituição do poder familiar, sem a realização de estudo social e avaliação psicológica.[56]

---

56. Ação de destituição do poder familiar c/c pedido de busca e apreensão, acolhimento institucional, investigação de paternidade e anulação de registro civil. Sentença de procedência. Inconformismo do pai registral e de sua companheira, os quais detêm a guarda do infante. Caso concreto. Alegação de que o menor de idade (2 anos) é fruto da breve relação extraconjugal havida entre o pai registral e a mãe biológica. Genitora que entregou o menino em virtude de o réu apresentar melhor condição financeira para criá-lo. Versão dos fatos contrária à prova contida nos autos. Fortes indícios de adoção à brasileira. Recusa do pai registral em realizar o exame de DNA. Ausência de relutância de sua companheira em criar o enteado. Guardiã que, ainda, averiguou em seu trabalho os trâmites para a obtenção de licença-maternidade em caso de adoção e afirmou a uma agente de saúde que estava grávida antes de levá--lo para casa. Fraude e ilegalidade manifestas. Burla ao Cadastro Nacional de Adoção. Determinação, no curso do processo, de cumprimento do mandado de busca e apreensão do infante. Réus que impetraram *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça e obtiveram sucesso no desabrigamento do menino. Criança que já se encontra com os réus há 2 (dois) anos. Reconhecimento da consolidação de vínculo afetivo. Situação excepcional a justificar o afastamento do procedimento legal de adoção. Prevalência dos interesses do menor. Sentença reformada. Recurso provido. 1. Conquanto a adoção à brasileira evidentemente não se revista de legalidade, a regra segundo a qual a adoção deve ser realizada em observância do cadastro nacional de adotantes deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse do menor, admitindo-se em razão deste cânone, ainda que excepcionalmente, a concessão da guarda provisória a quem não respeita a regra de adoção (STJ, *Habeas Corpus* n. 385.507 – PR (2017/0007772-9), rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 27.02.2018). 2. "[...] I – Em respeito à doutrina da proteção integral (art. 227 da CF e art. 1º do ECA) e do princípio do melhor interesse da criança, ainda que haja suspeitas de 'adoção à brasileira', não é aconselhável retirar o infante que vive em um ambiente familiar saudável e estável para colocá-lo em abrigo ou outra entidade de proteção

Se a ação implicar **alteração da guarda**, devem ser ouvidos os pais (ECA 161 § 4.º), bem como a criança ou o adolescente (ECA 161 § 3.º).

O prazo máximo para a conclusão do processo é de **120 dias** (ECA 163). Provimento do CNJ determina a **investigação disciplinar** do magistrado que tiver, sob sua condução, ação de destituição do poder familiar há mais de 12 meses. Em sede recursal o prazo de tramitação não pode exceder seis meses.[57]

A **sentença** que destituir um ou ambos os pais do poder familiar fica sujeita a **apelação** que não dispõe de **efeito suspensivo** (ECA 199-B). Deve ser cumprida desde logo. Ou seja, imediatamente deve a criança ser entregue à guarda da família substituta apta a adotá-la. De todo descabido aguardar o trânsito em julgado da sentença para inscrever seu nome no cadastro da adoção.

Em todos os procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, o sistema recursal é o do CPC. Mas o prazo do recurso de **apelação** é de **10 dias**. Este também é o **prazo** para o Ministério Público e para defesa, salvo nos embargos de declaração (ECA 198 II). Os **recursos** independem de preparo (ECA 198 I). É assegurado juízo de retratação pelo juiz, devendo a remessa ao órgão recursal ser feita por decisão fundamentada, no prazo de cinco dias (ECA 198 VII).[58]

Mesmo quando os genitores são **revéis** ou não têm as mínimas condições de exercer o poder familiar, a Defensoria Pública – sistemática e injustificadamente – recorre da sentença que destitui o poder familiar. Na hipótese de revelia, o recurso não deve sequer ser recebido, por faltar **interesse recursal**. Desaparecidos os pais, não ocorrendo a destituição do poder familiar, o filho não pode ser adotado e permanecerá depositado em alguma instituição aguardando completar a maioridade.

---

ao menor, sendo que a medida de acolhimento institucional é aplicável, apenas, em casos excepcionais elencados no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente. II – In casu, não estando caracterizada a situação de risco necessária a justificar a retirada da criança da família para a colocação em abrigo protetivo para posterior encaminhamento à adoção, mas, pelo contrário, havendo informações de que o Apelante é um pai dedicado e desde o nascimento do infante tem lhe proporcionado todas as condições de um lar condigno, além de existir vínculo afetivo entre eles, o recurso merece ser provido para que seja mantido o poder familiar do pai registral e revogados o mandado de busca e apreensão e a ordem de acolhimento institucional do menor para posterior encaminhamento para adoção" (TJSC – AC 0900779-66.2017.8.24.0073, 3ª C. Dir. Civ., Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 15/10/2019).

57. CNJ – Provimento 36/2014.

58. O agravo de instrumento é oposto diretamente perante o órgão recursal, não havendo falar em "remessa".

O **recurso** deve ser processado com **prioridade absoluta** e o julgamento não está sujeito à revisão nem há necessidade de ser pautado (ECA 199-C). O relator deve colocar o processo para julgamento no prazo máximo de 60 dias (ECA 199-D). O parecer do Ministério Público pode ser oral (ECA 199-D parágrafo único).

Após o trânsito em julgado, a sentença é averbada à margem do **registro de nascimento** (ECA 163 parágrafo único).

Vem sendo admitida pela jurisprudência a **cumulação das ações** de **destituição do poder familiar** e **adoção.**[59] Mesmo que não haja pedido expresso de destituição, tal não enseja a extinção da ação de adoção, tendo-se o pedido como **implícito**, pois a destituição é um mero efeito da sentença concessiva da adoção. Durante a tramitação da demanda de destituição, as crianças e os adolescentes permanecem acolhidos em instituições ou são colocados em famílias substitutas. O Conselho Nacional de Justiça estabeleceu guia única de acolhimento familiar ou institucional e guia de desligamento, além de fixar regras para o armazenamento permanente dos dados disponíveis em procedimentos de destituição ou suspensão do poder familiar.[60]

Infelizmente, as ações se arrastam. É tentada, de forma exaustiva, e muitas vezes injustificada, a mantença do vínculo familiar. Em face da demora no deslinde do processo, a criança deixa de ser criança, tornando-se "inadotável", feia expressão que identifica que ninguém a quer.

O interesse dos candidatos à adoção é sempre pelos pequenos. Assim, a omissão do Estado e a morosidade da Justiça transformam as instituições em verdadeiros depósitos de enjeitados, único lar para milhares de jovens, mas só até completarem 18 anos. Nesse dia simplesmente são postos na rua.

O fato de eternizar-se a permanência da criança institucionalizada dá ensejo a pedido de **indenização por dano moral** contra o Estado, em face da perda da chance de ser adotado.

---

59. Ação de destituição do poder familiar cumulada com pedido de adoção. Situação de abandono verificada. Prevalência do interesse da menor. Manutenção da sentença que julgou procedente o pedido de destituição do poder familiar. Adoção da infante que se mostra imperiosa. Havendo prova robusta ▪ demonstrar a presença de causas para amparar ▪ desconstituição do poder familiar, carece de guarida a insurgência da genitora. Apelação desprovida. (TJRS, AC 70079148813 RS, 7ª C. Cív., Rel. Sandra Brisolara Medeiros, j. 28/11/2018).

60. CNJ – Instrução Normativa 03/2009.

LEITURA COMPLEMENTAR

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves (coord.). *Temas atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 113-154.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, João Teodoro. Poder familiar: emancipação de menor pelos pais e o art. 1.631 do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 26, p. 144-158, out.-nov. 2004.

14

ADOÇÃO

Sumário: 14.1. Visão histórica – **14.2.** Tentativa conceitual – **14.3.** Os conceitos do ECA: **14.3.1.** Família natural; **14.3.2.** Família extensa ou ampliada; **14.3.3.** Família guardiã; **14.3.4.** Família substituta; **14.3.5.** Família adotiva; **14.3.6.** Apadrinhamento – **14.4.** Direitos e garantias: **14.4.1.** Benefícios legais – **14.5.** Adoção "à brasileira" ou afetiva – **14.6.** Adoção dirigida ou *intuitu personae* – **14.7** Entrega voluntária – **14.8.** Adoção unilateral – **14.9** Adoção multiparental – **14.10** Adoção compartilhada .– **14.11.** Adoção homoparental – **14.12.** Adoção de nascituro – **14.13.** Adoção de maiores – **14.14.** Adoção de pais – **14.15.** Adoção póstuma – **14.16.** Os chamados filhos de "criação" – **14.17.** Habilitação à adoção – **14.18.** Ação de adoção – **14.19.** Ação de destituição do poder familiar – **14.20.** Ação declaratória de ascendência genética – **14.21.** Parto anônimo – **14.22.** A cruel realidade – Leitura complementar.

Referências legais: CR 227 §§ 5.º e 6.º; Convenção sobre os Direitos da Criança; Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Convenção de Haia); CC 1.618 e 1.619; Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) 39 a 52-D, 201 III e 249; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos - LRP) 102 3.º; Lei 8.213/1991 (Lei dos Benefícios da Previdência Social) 16, 71-A; Lei 8.112/1990 (Lei do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis Federais) 210; Lei 11.770/2008; Lei 12.955/2014; Lei 13.431/ 2017; Lei 13.509/2017; Dec. 5.491/2005; Dec. 6.690/2008 2.ª, § 3.º; Dec. 9.603/2018; CNJ Resoluções 54/2008, 93/2009 e 190/2014, Resolução 299/2019; Provimentos 36/2014 e 63/2017 e Portaria conjunta 04/2019.

14.1. VISÃO HISTÓRICA

O instituto da adoção é um dos mais antigos de que se tem notícia.

Afinal, sempre existiram filhos cujos pais não querem ou não podem assumir. Também há crianças que são afastadas do convívio familiar por negligência, maus-tratos ou abuso. Conclusão: há legiões de crianças abandonadas, jogadas no lixo, maltratadas, violadas e violentadas, que escancaram essa realidade.

A sorte é que milhões de pessoas desejam realizar o sonho de ter filhos.

O Código Civil de 1916 chamava de **simples** a adoção tanto de maiores como de menores de idade. Só podia adotar quem não tivesse filhos. A adoção era levada a efeito por **escritura pública** e o vínculo de parentesco estabelecia-se somente entre o adotante e o adotado.

A Lei 4.655/1965 admitiu a chamada **legitimação adotiva**. Dependia de decisão judicial. Era irrevogável e fazia cessar o vínculo de parentesco com a família natural. O **Código de Menores** (Lei 6.697/1979) substituiu a legitimação adotiva pela **adoção plena**, mas manteve o mesmo espírito.[1] O vínculo de parentesco foi estendido à família dos adotantes, de modo que o nome dos avós passou a constar no registro de nascimento do adotado, independentemente de consentimento expresso dos ascendentes.

A **Constituição da República** (227 § 6.º), ao consagrar o princípio da proteção integral, deferindo idênticos direitos e qualificações aos filhos e proibindo quaisquer designações discriminatórias, **eliminou qualquer distinção** entre adoção e filiação.

Para dar efetividade ao comando constitucional, foi editado, em 1989, o **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**, que passou a regular a adoção.

Dois **tratados internacionais** estão incorporados à legislação brasileira: a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, mais conhecida como Convenção de Haia, e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

14.2. TENTATIVA CONCEITUAL

O estado de filiação decorre de um fato (nascimento) ou de um ato jurídico: a adoção – **ato jurídico** em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial.[2] A adoção cria um vínculo fictício de paterni-

1. Tânia da Silva Pereira, Adoção, 158.
2. Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós no Direito de Família:..., 41.

dade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica. Ressalta Waldyr Grisard que esse conceito persegue as razões legais e seus efeitos, mas representa somente uma face do instituto.[3] A adoção constitui um **parentesco eletivo**, por decorrer exclusivamente de um ato de vontade. Gagliano e Pamplona FIlho definem a adoção como um **ato jurídico** em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo, que firma a relação paterno ou materno-filial com o adotando, em perspectiva constitucional isonômica em face da filiação biológica.[4]

Trata-se de modalidade de filiação *construída no amor*, na feliz expressão de Luiz Edson Fachin,[5] gerando vínculo de parentesco por opção. A adoção consagra a **paternidade socioafetiva**, baseando-se não em fator biológico, mas em fator sociológico.[6] A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado. É nesse sentido que o instituto da adoção se apropria da palavra afeto. É no amor paterno-filial entre pessoas mais velhas e mais novas, que imita a vida, que a adoção se baseia. São filhos que resultam de uma opção, e não do acaso, que são adotivos.[7]

A **doutrina da proteção integral** e a **vedação de referências discriminatórias** (CR 227 § 6.º) alteraram profundamente a perspectiva da adoção. Inverteu-se o enfoque dado à infância e à adolescência, rompendo a ideologia do assistencialismo e da institucionalização, que privilegiava o interesse e a vontade dos adultos.[8] A adoção significa muito mais a **busca de uma família para uma criança** do que a busca de uma criança para uma família.

A adoção não é uma paternidade de segunda classe, mas se prefigura como a paternidade do futuro, enraizada no exercício da liberdade.[9] A filiação não é um dado da natureza, mas uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem. Nesse sentido, o filho biológico é também adotado pelos pais no cotidiano de suas vidas.[10]

3. Waldyr Grisard Filho, Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?, 39.
4. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Manual de Direito Civil, 326.
5. Luiz Edson Fachin, Elementos críticos..., 219.
6. Zeno Veloso, Direito brasileiro da filiação e da paternidade, 160.
7. José Fernando Simão, Afetividade e responsabilidade, 37.
8. Maria Claudia Crespo Brauner e Maria Regina Fay de Azambuja, A releitura da adoção..., 31.
9. João Baptista Villela, Desbiologização da paternidade, 404.
10. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 144.

14.3. OS CONCEITOS DO ECA

Os conceitos trazidos pelo Estatuto evidenciam o quão ele está desatualizado. Em vigor há quase 30 anos – equivocada e repetidamente –, privilegia o vínculo genético para além do razoável. As inúmeras emendas a que foi submetido, mais o deformaram do que o reformaram.

A adoção é estigmatizada de tal forma que é considerada como opção última, à qual se deve recorrer somente quando esgotados os recursos de manutenção do filho junto à família natura.

Mas todos olvidam que o mais importante é constituição de um vínculo de filiação afetiva (ECA 19; 31; 39 § 1.º; 43 e 45).

Na ânsia de manter os elos consanguíneos, deixa-se de atentar ao melhor interesse de quem se encontra em situação de abandono, negligência ou maus-tratos. Ora, relegar a adoção como medida excepcional impede que seja buscada a imediata inserção de quem não tem uma família, em uma estrutura familiar que já se encontra previamente habilitada a adotá-lo.

As tentativas de agilizar o procedimento de adoção e reduzir o tempo de permanência de crianças e adolescentes em instituições foram inúmeras. O ECA foi várias vezes remendado, mas a cada reforma fica mais difícil o processo de adoção.

O Conselho Nacional de Justiça instituiu o **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento** (SNA), conjunto dinâmico de informações para atender as demandas que versam sobre acolhimento institucional e familiar, adoção e outras modalidades de colocação em família substituta, bem como sobre pretendentes nacionais e estrangeiros habilitados à adoção.[11]

14.3.1. Família natural

Ao assegurar a crianças e adolescentes o direito de serem criados e educados no **seio de sua família** (ECA 19), o ECA consagra a **biologização** do vínculo familiar. Chama de **família natural** a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (ECA 25).

Aliás, este é um dos princípios na aplicação das medidas de proteção: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural (ECA 100 parágrafo único X).

11. CNJ – Portaria conjunta 04/2019.

Seja qual for o motivo que ensejou a intervenção estatal no âmbito familiar – maus-tratos, negligência ou abuso por parte dos pais –, ainda assim é priorizada a manutenção dos filhos junto a eles. Ou seja, é mais prestigiado o **direito dos pais**, a manutenção da família natural, do que preservado o melhor interesse das vítimas dos próprios pais.[12]

Os filhos aguardam abrigados enquanto é dada aos seus genitores a chance de receberem a devida orientação por intermédio de equipe técnica interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar (ECA 166 § 7.º).

---

12. *Habeas corpus*. Ação de guarda. Busca e apreensão de menor. Filha de mãe soropositiva. Necessidade de cuidados especiais. Medida protetiva de acolhimento institucional. 1. Sob o enfoque da doutrina da proteção integral e prioritária consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), torna-se imperativa a observância do melhor interesse do menor, de sorte que o cabimento de medidas específicas de proteção, tal como o acolhimento institucional (art. 101, VII, do ECA), apenas terá aptidão e incidência válida quando houver ameaça ou violação dos direitos reconhecidos pelo Estatuto, consoante exegese extraída do art. 98 do mesmo diploma. 2. Esta Corte Superior tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica da menor, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário (precedentes: HC 294.729/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., *DJe* 29.08.2014; HC 279. 059/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., *DJe* 28.02.2014; REsp 1.172.067/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T., *DJe* 14.04.2010). 3. Assim, tem-se que a ação do Juiz no sentido de colmatar desvios – tanto no âmbito da ação estatal quanto no âmbito familiar, seja por ato próprio da criança ou do adolescente, como também no domínio da sociedade – deve ser, sempre e sempre, pautada pela precisa identificação de situação concreta de ameaça ou violação de direitos, notadamente em se tratando da medida de proteção que impõe o acolhimento institucional, por ser esta orientada pelo caráter da excepcionalidade e da provisoriedade, nos termos do que dispõe o § 1º do art. 101 do ECA. 4. No caso em exame, a manutenção da guarda de L. G. da S. P. com o casal D. C. P. G. G. e J. G. não representa situação concreta de ameaça ou violação de direitos da criança, pois nada há nos autos a demonstrar, ainda que vagamente, a ocorrência de exposição do menor a riscos para sua integridade física e psicológica. Ao revés, compulsando os autos verifica-se que a menor L. G. da S. P necessita de cuidados especiais iminentes e preventivos por ser um bebê de mãe soropositiva, que teve contato e foi exposto ao vírus HIV, tendo inclusive que tomar antibióticos profiláticos 3 vezes ao dia para evitar possíveis sequelas e riscos de morte. 5. Por outro lado, até o momento, os impetrantes alegam que sua real intenção é manter a guarda provisória com os guardiães de fato, sem romper, no entanto, o vínculo parental da menor com seus genitores, sendo medida, por conseguinte, reversível. Diante desse contexto, a hipótese excepcionalíssima dos autos justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento institucional da criança em abrigo ou entidade congênere, uma vez que, como se nota, não se subsume em nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA. 6. Ordem concedida. (STJ – HC 487.143/SP (2018/0346894-0), 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28/03/2019).

Determinada a institucionalização, indispensável respeitar a **identidade de gênero** da criança ou do adolescente.[13]

Cabe lembrar que – desgraçadamente – são mais do que precários os serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção para que os filhos fiquem em suas famílias de origem. As tentativas de ressocializar os pais, retirá-los da rua, afastá-los das drogas, inseri-los no mercado de trabalho para que tenham condições de ficarem com os filhos têm se mostrado absolutamente infrutíferas.

Inclusive é atribuído ao **Conselho Tutelar** o dever de esgotar as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural, para só então representar ao Ministério Público para que promova a ação de perda ou suspensão do poder familiar (ECA 136 XI). Não há como delegar a conselheiros tutelares a tarefa de tentar manter crianças e adolescentes, em situação de vulnerabilidade, junto à família.[14] O encargo deve ser assumido por equipes técnicas mediante a realização de estudos psicossociais, com a apresentação de laudos e relatório.[15] Sem esses subsídios, certamente o Ministério Público não terá como promover a ação de perda ou suspensão, pela só representação encaminhada pelo Conselho Tutelar.

14.3.2. Família extensa ou ampliada

Depois de muito insistir para que os genitores acolham os filhos de volta, parte-se na busca de algum parente. Esta simplista e irresponsável solução decorre da equivocada crença de que se deve manter os vínculos biológicos a qualquer custo.

---

13. FONAJUP – Enunciado 19: Crianças ■ adolescentes transgêneros, em situação de acolhimento, serão mantidos em instituições e/ou quartos de sua respectiva identidade de gênero, independentemente do sexo biológico ou registral, garantida sua integridade e escuta prévia.

14. FONAJUP – Enunciado 04: O Conselho Tutelar, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e em analogia ao artigo 93 do ECA, poderá deixar crianças ou adolescentes encontrados em situação emergencial de risco aos cuidados da família extensa, a fim de evitar o acolhimento, comunicando em 24 horas à autoridade judiciária e ao Ministério Público, devendo também iniciar procedimento administrativo para acompanhamento do caso e, no ato da entrega, notificar, por escrito, sobre a necessidade de busca imediata de advogado ou defensoria pública para eventual regularização da guarda.

15. FONAJUP – Enunciado 06: Os relatórios social e psicológico necessários à instrução dos feitos em trâmite nos Juízos da Infância e Juventude poderão ser realizados pela equipe técnica do juízo e/ou pela equipe do Município e/ou pela equipe da instituição de acolhimento.

Quando reconhecida a impossibilidade de permanência dos filhos junto aos pais, a lei determina que se saia à caça de algum membro da chamada família extensa ou ampliada: aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (ECA, art. 25, parágrafo único e art. 50, § 13, II).

Pela própria definição de família extensa, resta evidenciado que não existe correlação com os conceitos da lei civil. O parentesco se estabelece na relação de ascendentes e descendentes (CC, art. 1.591) e entre colaterais até o quarto grau (CC, art. 1.592). Na conceituação de parentesco, na expressão "ou outra origem" se encontram vínculos de **filiação socioafetiva** (CC, art. 1.593).

Para merecer o qualificativo de família extensa, é indispensável um elemento a mais: a convivência e a presença de um elo de **afinidade e afetividade** entre eles. Sem isso, desnecessária a realização de estudo psicossocial.[16]

Quando se trata de recém-nascido, é um equívoco buscar alguém da família que o queira. Quem acabou de nascer não tem vínculo com ninguém, o que dispensa esta longa e ineficaz providência, que só aumenta o tempo em que o bebê ficará abrigado.

Recém-nascidos não procurados pela família no prazo de 30 dias serão cadastrados à adoção (ECA 19-A § 10). Nesta hipótese nada justifica a busca da família extensa.[17]

O encaminhamento de crianças e adolescentes à institucionalização é acompanhado por uma Guia de Acolhimento, no qual devem constar os nomes de parentes ou de terceiros interessados em tê-los sob sua guarda (ECA, art. 101, § 3.º, III). Assim, nada justifica que a busca da família extensa possa chegar a até **seis meses** (ECA, art. 19-A). Trata-se de **prazo peremptório,** pela utilização do verbo no tempo futuro. No entanto, o inadimplemento deste prazo – já por si excessivo – é cotidianamente ultrapassado, sem gerar qualquer consequência, o que faz com que ditas "diligências" se eternizem.

As dificuldades decorrem da falta de indicação de quem deve assumir este **encargo investigativo**. Às claras que não compete ao juiz, ao escrivão, aos oficiais de justiça, nem ao promotor ou às autoridades policiais, e mui-

16. FONAJUP – Enunciado 05: É dispensável o estudo psicossocial em família extensa residente fora da comarca desde que constatado a ausência de vínculo afetivo e/ou interesse.

17. FONAJUP – Enunciado 10: O parágrafo 10 do artigo 19-A do ECA só deve ser aplicado nos casos de pais ignorados ou órfãos com dados insuficientes que impossibilitem a busca pela família extensa.

to menos aos defensores públicos e advogados, saírem no encalço de um parente que deseje assumir a guarda dos filhos que foram alijados da convivência dos pais biológicos. Aliás, se alguém tivesse interesse em assumir esta responsabilidade, certamente não teria ocorrido a institucionalização.

Na busca da família extensa, os primeiros lembrados são sempre os **avós**, os quais, no entanto, não podem adotar os netos. Dito impedimento existe também com relação aos **irmãos** (ECA, 42 § 1.º). A estes – e de modo geral aos demais parentes – é deferida apenas a **guarda**, o que enseja uma condição jurídica das mais precárias. Em casos muito especiais, de forma sensível o STJ tem admitido a adoção pelos avós, quando consolidada esta configuração familiar.[18]

Os vínculos de parentesco alcançam também a **união estável** (CC 1.595) e a mesma restrição estende-se aos conviventes, sendo vedada a adoção entre ascendentes e descendentes, mesmo depois de rompida a união. Portanto, o padrasto pode adotar o enteado (adoção unilateral), mas o seu genitor, ascendente por afinidade, não.[19] Não há qualquer óbice à adoção entre **pa-**

---

18. Adoção por avós. Possibilidade. Princípio do melhor interesse do menor. Padrão hermenêutico do ECA. 01. Pedido de adoção deduzido por avós que criaram o neto desde o seu nascimento, por impossibilidade psicológica da mãe biológica, vítima de agressão sexual. 02. O princípio do melhor interesse da criança é o critério primário para a interpretação de toda a legislação atinente a menores, sendo capaz, inclusive, de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança ou do adolescente, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial da situação específica que é analisada. 03. Os elementos usualmente elencados como justificadores da vedação à adoção por ascendentes são: i) a possível confusão na estrutura familiar; ii) problemas decorrentes de questões hereditárias; iii) fraudes previdenciárias; e iv) a inocuidade da medida em termos de transferência de amor/afeto para o adotando. 04. Tangenciando à questão previdenciária e às questões hereditárias, diante das circunstâncias fática presentes – idade do adotando e anuência dos demais herdeiros com a adoção, circunscreve-se a questão posta a desate em dizer se a adoção conspira contra a proteção do menor, ou ao revés, vai ao encontro de seus interesses. 05. Tirado do substrato fático disponível, que a família resultante desse singular arranjo, contempla, hoje, como filho e irmão, a pessoa do adotante, a aplicação simplista da norma prevista no art. 42, § 1º, do ECA, sem as ponderações do "prumo hermenêutico" do art. 6º do ECA, criaria a extravagante situação da própria lei estar ratificando a ruptura de uma família socioafetiva, construída ao longo de quase duas décadas com o adotante vivendo, plenamente, esses papéis intrafamiliares. 06. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 1.635.649/SP (2016/0273312-3), 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27/02/2018).

19. Ação de adoção. Vínculo de parentesco entre os adotantes e o adotando. Ascendentes biológico e por afinidade. Avós maternos. Vedação expressa contida no art. 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 1. O ordenamento jurídico (ECA 42, § 1º) proíbe a adoção por ascendente, inclusive por afinidade. Logo, incabível a adoção pelo avô biológico e sua companheira, avó por afinidade, do adolescente, por

rentes colaterais de terceiro e quarto graus. Nada impede que alguém adote um sobrinho ou um primo, quer consanguíneo, quer ele tenha sido adotado.

No mais das vezes, os parentes – que sequer conheciam a criança ou o adolescente e nem sabiam do abrigamento –, por solidariedade ou piedade, acabam concordando em assumir a guarda.[20] Ausente prévio vínculo de convivência e afetividade, e sem qualquer preparação ou acompanhamento, depois de um tempo, eles acabam desistindo. Daí as frequentes devoluções. Consabido que as consequências são para lá de nefastas para quem nutriu a esperança de ter uma família. Sente-se novamente rejeitado.

De qualquer modo, continuar vivendo no mesmo ambiente familiar faz o passado estar sempre presente. Não terá um lar, um pai, uma mãe; dois pais ou duas mães. Somente terá avós, tios ou o parente que o acolheu. Assim, sempre sofrerá o estigma de ser filho de quem não o quis. Não há dúvida de que este será o sentimento quando encontrar a mãe em reuniões de família, muitas vezes com outros filhos.

14.3.3. Família guardiã

Outra possibilidade de questionável segurança, poucas garantias e nenhum direito, é a colocação de crianças e adolescentes sob guarda.

Por falta de definição, há distinções difíceis de entender entre guarda de fato e guarda jurídica; guarda provisória e guarda definitiva.

O instituto destina-se a regularizar a "posse de fato" de crianças e adolescentes (ECA 33 § 1.º). Nos procedimentos de adoção é concedida a guarda provisória a quem estiver habilitado a adotar (ECA 19-A § 4.º).

A colocação em **família substituta** mediante guarda não depende da situação jurídica da criança ou adolescente (ECA 28).

Os pais têm **direito de visita** e o dever de prestar **alimentos** aos filhos quando colocados sob a guarda de terceiros (ECA 33 § 4.º).

Também à **família extensa** é concedida a guarda. Esta precária situação pode se perpetuar, até porque ascendentes e irmãos constituem família extensa e não podem adotar. Quanto aos demais parentes, que concordam em tê-los sob sua guarda, não é possível obrigar a adotá-los. Daí o enorme número de devolução de crianças e adolescentes.

---

expressa vedação legal. 2. Recurso conhecido e desprovido. (TJDF – AC 114.5700, 8ª T. Cív., Rel. Des. Diaulas Costa Ribeiro, j. 24/01/2019).

20. FONAJUP – Enunciado 05: É dispensável o estudo psicossocial em família extensa residente fora da comarca desde que constatado a ausência de vínculo afetivo e/ou interesse.

Deferida a guarda, é feita a entrega ao interessado, mediante termo de responsabilidade de bem e fielmente desempenhar o encargo (ECA 32 e 167 parágrafo único).

Apesar de a guarda obrigar à prestação de assistência material, moral e educacional, frágil é o vínculo jurídico que se estabelece entre eles. A criança ou o adolescente goza da condição de **dependente**, somente para fins **previdenciários** (ECA, 33 § 3.º). Não só junto ao sistema estatal, mas também junto aos planos de saúde privados.[21]

A assertiva constante no dispositivo de que esta condição serve para todos os fins e efeitos de direito, é equivocada. Quem está sob guarda, não tem direito a alimentos ou à herança do guardião, no caso de seu falecimento. A única possibilidade é que ocorra o reconhecimento judicial da presença de um vínculo de **filiação socioafetiva**. Ou seja, não decorre da guarda, mas da consolidação da **posse de estado de filho**.

É de competência da Justiça da Infância e da Juventude apreciar os pedidos de guarda (ECA 148 parágrafo único). Para a concessão da guarda provisória deve ser realizado estudo social, ou perícia por equipe interprofissional (ECA 167).

A **perda ou modificação** da guarda depende de procedimento judicial (ECA 101 § 9.º e 148, parágrafo único, *a*). Neste caso é obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou do adolescente (ECA 161 § 3.º). O descumprimento dos deveres decorrentes da guarda configura infração administrativa, sujeita à **multa** (ECA 249).

Decretada a extinção do poder familiar, é determinada a colocação da criança sob **guarda provisória** de quem estiver habilitado a adotá-la

---

21. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde inclusão de menor como dependente. Menor sob guarda judicial de avô. Inteligência do art. 33, § 3º, do ECA. Recurso Provido 1. A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, consoante a norma do art. 33, § 3º, do ECA. 2. A vedação imposta pelo Estatuto da CASSEMS impõe situação desfavorável à menor violando preceito constitucional estatuído no art. 227 da CF quando comparado às situações de dependência previstas no artigo 4º, do regulamento de regência. Dentro deste contexto, vê-se que a negativa referente ■ não inclusão da menor como beneficiária-dependente direta da avó, que possui a guarda de direito e de fato, sob o fundamento de haver permissão contratual que no caso de neta apenas como dependência-agregada no plano de saúde, viola não só os princípios previstos na legislação civil brasileira aplicáveis ao caso presente, mas também os constitucionais da isonomia, da preservação da saúde e dignidade da pessoa humana. (TJMS – AC 0802229-46.2017.8.12.0016; 2ª C. Cív., Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, p. 13/08/2019).

(ECA 19-A § 4.º). Deferida a guarda para fins de adoção, não mais cabe à família natural ou extensa o exercício do **direito de visitas** (ECA 33, § 4.º).

O **estágio de convivência** pode ser dispensado somente se o adotando já estiver sob guarda legal do adotante. Se a guarda for de fato, não (ECA 46, §§ 1.º e 2.º).

O adotante deve promover a **ação de adoção** no prazo de 15 dias (ECA, art. 19-A, § 7.º).

Os participantes do programa de **acolhimento familiar** recebem a criança mediante guarda, podendo perceber subsídios e incentivos do poder público (ECA 34 e 50 § 11). Mas não podem adotá-lo.

14.3.4. Família substituta

O ECA 25 vezes fala em família substituta e lhe dedica dois capítulos: "Da família substituta" (ECA 28 a 32) e "Da colocação em família substituta" (ECA 165 a 170). A expressão não pode ser mais imprópria. Além de não explicitado que família é esta, não tem definição nem se consegue identificar a que estrutura se refere. Há somente uma restrição: quem não tem condições de oferecer ambiente familiar adequado, não pode ser admitido como família substituta (ECA 29).

A colocação em família substituta é **medida excepcional** (ECA 19). Independe situação jurídica da criança ou do adolescente (ECA 28). Inclusive para fins de adoção (ECA 28 e § 4.º). Sempre que evidenciada situação de vulnerabilidade de criança ou adolescente, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis (ECA 98 II), cabe ser aplicada, como medidas de proteção, e mesmo antes da propositura da ação de destituição do poder familiar (ECA 101 IX).

Estrangeiros somente podem ser admitidos como família substituta para fins de adoção (ECA 31), hipótese que é intitulada de "família adotiva" (ECA 51 § 1.º I).

O acolhimento institucional e a colocação em família acolhedora também são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta (ECA 101 § 1.º). Para isso deve haver agilidade operacional com vista à rápida reintegração na família de origem. Esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa, mostrando-se a solução comprovadamente inviável, cabe a colocação em família substituta (ECA 88 VI e 92 II).

Nas situações de **abrigamento**, a cada três meses, deve o juiz decidir pela reintegração familiar "ou" pela colocação em família substituta (ECA 19 § 1.º). Ainda assim, a permanência em situação de acolhimento pode se

perpetuar. Apesar de ser estabelecido o prazo máximo de 18 meses, há uma ressalva: salvo a necessidade de atender ao seu melhor interesse (ECA 19 § 2.º).

Para ocorrer a colocação em família substituta, deve o juiz tomar por base relatório de equipe técnica que tenha concluído pela impossibilidade de reintegração familiar (ECA 19 § 1.º). Para tal deve haver gradativa preparação e acompanhamento posterior (ECA 28, § 5.º).

Grupos de irmãos devem ser colocados sob adoção, tutela ou guarda na mesma família substituta (ECA 28 § 4.º). É preferente a colocação de crianças indígenas ou provenientes de quilombo junto à sua comunidade ou membro da mesma etnia (ECA 28 § 6.º II), devendo ser ouvido o órgão federal responsável e antropólogos (ECA 28 § 6.º III).

Pelo que está previsto na lei, a colocação em família substituta depende de **pedido**, mediante o atendimento de uma série de requisitos (ECA 165). Pode ser feita por algum parente, levando-se em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade (ECA 28 § 3.º). Caso os pais tenham requerido, por escrito, a "colocação em família substituta", o pedido pode ser feito diretamente em **cartório**, dispensada a presença de advogado (ECA 166). Depois disso, os pais são submetidos a verdadeira lavagem cerebral (ECA 166 e § 2.º). Precisam ratificar o pedido em audiência (ECA 166 § 1.º I), sendo garantido o direito do **arrependimento**, até 10 dias após a sentença que decreta a extinção do poder familiar (ECA 166, § 5.º). Ou melhor, após a intimação da sentença.[22] Trata-se de prazo decadencial e irrenunciável.[23] Como possui natureza material, o prazo não se suspende nem se interrompe durante o período de recesso forense.[24]

Este esdrúxulo procedimento, denominado "**pedido de colocação em família substituta**", confunde adoção e guarda provisória (ECA 166 § 1.º I e 167). Assim, cabem alguns questionamentos. Trata-se da hostilizada adoção direta? É uma forma de burlar os famigerados cadastros? É possível cumular o pedido de colocação com a ação de adoção? Como o pedido é de colocação em família substituta, pode o juiz decretar a extinção do poder familiar? E quando o pedido é formulado por ascendente ou irmão – que não podem

---

22. FONAJUP – Enunciado 12: O prazo de dez dias de arrependimento, previsto no art. 166, § 5º, do ECA conta-se a partir da intimação da sentença.

23. FONAJUP – Enunciado 21: São decadenciais os prazos previstos no art. 166, § 5.º, do ECA, sendo, portanto, irrenunciáveis, nos termos do art. 209 do Código Civil.

24. FONAJUP – Enunciado 23: O prazo de exercício do direito de arrependimento, previsto no § 5º do artigo 166 do ECA, possui natureza material, motivo pelo qual não se suspende, nem se interrompe, durante o período de recesso forense, nos moldes do disposto no *caput* do artigo 220 do CPC.

adotar –, a criança ficará sem o nome dos pais no registro de nascimento? Entre o pedido de colocação em família substituta e a concessão da guarda (ECA 167 parágrafo único), onde a criança permanece?

14.3.5. Família adotiva

Na última reforma a que foi submetido o ECA, por cinco vezes, foi inserida a expressão "família adotiva". Em dois dispositivos, simplesmente houve a troca de família substituta por família adotiva (ECA 51 § 1.º I e 100 parágrafo único X). As demais referências não definem o que seja família adotiva (ECA 19-B § 4.º; 51 § 1.º II e 197-C § 3.º). Certamente não se confunde com quem já se encontra cadastrado à adoção. Também não diz com a pessoa ou casal já reconhecidos como aptos ■ adotar determinada criança, depois de superadas as fases de aproximação e decorrido o estágio de convivência.

Basta atentar ao princípio que dá prevalência às medidas que mantenham ou reintegrem crianças e adolescentes na família natural ou extensa. E, somente quando tal não for possível, é que deve ser promovida a integração em família adotiva (ECA, art. 100, parágrafo único, X).

À mesma conclusão se chega na adoção internacional, que somente terá lugar quando esgotadas as possibilidades de colocação em família adotiva brasileira (ECA, art. 51, § 1.º, II).

14.3.6. Apadrinhamento

Trata-se de programa que permite a crianças e adolescentes institucionalizadas conviver com famílias ou pessoas que lhes possam propiciar vivência familiar e comunitária (ECA 19-B).

Ainda que a finalidade seja salutar, há uma restrição das mais perversas. Quem está **cadastrado à adoção** não pode se candidatar a padrinho (ECA 19-B § 2.º). A ressalva dispõe de uma justificativa injustificável: receio de que os candidatos à adoção tentem burlar ■ ordem dos cadastros.[25]

Ora, podem participar deste programa somente crianças ou adolescentes com **remotas possibilidades** de inserção familiar ou colocação em família adotiva (ECA, 19-B § 4.º). Ou seja, já não foram encontrados adotantes para ele. Se o habilitado à adoção tivesse indicado para adotar criança com o perfil

---

25. FONAJUP – Enunciado 07: Pessoas inscritas no Cadastro Nacional de Adoção, em respeito aos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, poderão participar dos programas de apadrinhamento, desde que sua participação não implique em ofensa ao princípio da isonomia ■ burla ao respectivo cadastro.

dos que podem ser apadrinhados, haveria adoção e não o apadrinhamento. Desse modo, nada impede que habilitados à adoção sejam padrinhos. E que possa adotar o afilhado e continuar cadastrado para adotar alguém com as características que escolheu. É flagrante a **inconstitucionalidade** desta discriminação, pois não atende ao melhor interesse das crianças que são as mais vulneráreis por terem reduzidas chances de serem adotadas.

No entanto, nada impede que os padrinhos adotem seus afilhados. Bem como os integrantes da família acolhedora. Aliás, devem eles ter preferência na adoção.[26] Basta se habilitarem, indicando a criança que desejam adotar, por já existir entre eles vínculo de **filiação socioafetivo**.

14.4. DIREITOS E GARANTIAS

Desde o advento da Constituição da República, estão assegurados os **mesmos direitos ■ qualificações** aos filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção. Como afirma Paulo Lôbo, não cabe falar em "filho adotivo", mas em "**filho por adoção**". A origem da filiação é única e se apaga quando da adoção.[27] A partir do momento em que é constituída pela sentença judicial e retificado o registro de nascimento, o adotado é filho, sem qualquer adjetivação.

O adotado adquire os mesmos direitos e obrigações como qualquer filho. Direito ao nome, parentesco, alimentos e sucessão. Na contramão, também correspondem ao adotado os deveres de respeito e de obediência. Os pais, por sua vez, têm os deveres de guarda, criação, educação e fiscalização.[28]

A adoção atribui ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, desligando-o de qualquer vínculo com os pais biológicos (ECA 41), salvo quanto aos **impedimentos para o casamento**.[29] Do vínculo de consanguinidade não resulta qualquer outro efeito jurídico, pessoal ou patrimonial.[30] A **relação de parentesco** se estabelece entre o adotado e toda a família do adotante. Os seus parentes tornam-se parentes do adotado, tanto em linha reta como em linha colateral. Também idênticos os graus de parentesco que se estabelecem em

26. IBDFAM – Enunciado 36: As famílias acolhedoras e os padrinhos afetivos têm preferência para adoção quando reconhecida ■ constituição de vínculo de socioafetividade.
27. Idem, 143.
28. Waldyr Grisard Filho, Será verdadeiramente plena ■ adoção unilateral?, 39.
29. Idem, 173.
30. Heloisa Helena Barboza, Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo, 28.

relação aos filhos biológicos do adotante (ECA 41).[31] Vivendo os adotantes em união estável, também os vínculos parentais se estendem ao adotado.

Enio Duarte Fernandez Junior sustenta que o rompimento do vínculo parental decorrente da adoção conflita com os **direitos fundamentais da dignidade da pessoa, da solidariedade e da isonomia.** Não há como negar ao adotado a tutela de sua pretensão à existência, à vida, à integridade, enfim, aos seus direitos de personalidade frente a sua família biológica, sob o argumento de fato impeditivo posto em norma infraconstitucional.[32] Ainda que seja garantido à mãe o **direito ao sigilo** sobre o nascimento (ECA 19 A § 9.º), é assegurado ao adotado, após completar 18 anos, o direito de **conhecer sua origem biológica** (ECA 48).

Como a adoção é **irrevogável** (ECA 39 § 1.º), rompe todos os laços com a família biológica. Ainda assim, com certa frequência simplesmente os adotantes "**devolvem**" o filho que adotaram. Tal situação não está prevista na lei, mas infelizmente acontece. De qualquer modo, como pode ocorrer a destituição do **poder familiar** do adotante (CC 1.638), é aceita a devolução, até por uma questão de praticidade. A criança pode ser imediatamente adotada por outrem. Talvez essa seja a solução que melhor atenda aos seus interesses, pois pode vir a ser adotada por quem de fato a queira.

A jurisprudência vem impondo aos adotantes que desistem da adoção, o dever de pagar **alimentos** a título de indenização por **danos morais e materiais**[33] para subsidiar o acompanhamento psicológico de quem teve mais uma perda, até ser novamente adotado.[34]

---

31. Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 32.

32. Enio Duarte Fernandez Junior, O rompimento do vínculo biológico derivado da adoção, 98.

33. Ação de indenização aforada pelo Ministério Público. Alimentos ressarcitórios. Devolução de infante adotando durante estágio de convivência. Indenização plausível desde que constatada culpa dos adotantes e dano ao adotando. Circunstâncias presentes na hipótese. [...] Recurso parcialmente provido. A intenção de adoção exige cautela na aproximação das partes, e durante o estágio de convivência que precede a adoção para adaptação da criança/adolescente à família substituta, uma vez que filhos não são mercadoria, sejam eles biológicos ou não, cabendo aos seus guardiões o dever de assistir, criar e educar, proporcionando-lhes conforto material e moral, além de zelar pela sua segurança, dentre outras obrigações. A devolução injustificada do menor/adolescente durante o estágio de convivência acarreta danos psíquicos que devem ser reparados. (TJSC – AI 40255281420188240900 – 4025528-14.2018.8.24.0900, 3ª C. Civ., Rel. Marcus Tulio Sartorato, j. 29/01/2019).

34. FONAJUP – Enunciado 16: No caso de abandono de criança e adolescente, após a sentença de adoção ou desistência no curso do estágio de convivência, deverá o juiz, que acolheu a criança ou o adolescente, fazer ocorrência do fato, no perfil

A **morte** dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais (ECA 49). Ainda que exista resistência na doutrina,[35] nada impede que os pais **biológicos** adotem o filho que fora adotado. Afinal, com a morte do adotante, o filho ficou órfão.

14.4.1. Benefícios legais

No caso de adoção ou guarda judicial de criança, é devido ao segurado – seja à mulher, seja ao homem[36] – **salário-maternidade** e **benefício previdenciário** a ser pago pelo INSS pelo prazo de 120 dias.[37]

O prazo da **licença adotante** não pode ser inferior ao prazo da licença gestante, independentemente da idade da criança adotada.[38] Tanto a adotante como a guardiã fazem jus à **licença-maternidade** (CLT 392-A) pelo prazo de 120 dias. O mesmo direito é conferido ao empregado (CLT 392-C). A licença-maternidade é prorrogada por 60 dias e a licença-paternidade por 15 dias aos empregados das pessoas jurídicas que aderem ao **Programa Empresa Cidadã** (Lei 11.770/2008).

Injustificadamente, o benefício não pode ser concedido a mais de um segurado, como na hipótese de adoção por um casal de mulheres (CLT 392-A § 5.º). No entanto, a jurisprudência vem se amoldando à realidade da

---

do adotante no Cadastro Nacional de Adoção e comunicar ao juízo da habilitação instruindo com laudo psicossocial, para que sejam apreciadas a reavaliação, a inabilitação do pretendente ou a proibição de renovação da habilitação.

35. Tânia da Silva Pereira reconhece a possibilidade de os pais biológicos resgatarem a relação familiar como família substituta, estritamente através de guarda ou tutela, mas jamais adotá-lo, por se tratarem de ascendentes biológicos, o que é vedado pelo § 1.º do art. 42 do ECA. Da adoção, 167.

36. Previdenciário. Salário-maternidade. Segurado homem. Adoção de criança ou adolescente. Primazia do interesse do menor. Isonomia entre filhos. Dignidade da pessoa humana. Proteção à família centrada no interesse dos filhos menores. [...] 12 – Com todas essas considerações, entende-se devido o salário-maternidade, pelo período de 120 (cento e vinte) dias, ao segurado homem que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente. 13 – No caso concreto, o impetrante comprovou sua qualidade de segurado e a obtenção de guarda de criança para fins de adoção, fazendo jus à percepção do salário maternidade. 14 – Remessa necessária e apelação não providas. (TRF 3ª Reg. – AC 00073460420134036183/SP, 7ª T., Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, j. 23/09/2019).

37. Lei 8.213/1991, 71-A e § 1º.

38. STF – Tema 782: Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada.

vida. Nas uniões femininas, em que uma fornece o óculo que é fecundado e implantado na outra, ambas são mães. E a ambas cabe ser concedida licença-maternidade.[39] Nascendo filhos gêmeos, tem sido concedida liminarmente licença ao pai, pelo período de 120 dias.[40] Outra interpretação sensível. Permanecendo o recém-nascido internado, a licença-maternidade começa a partir da alta hospitalar.[41]

Ocorrendo o **falecimento** da genitora, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa do benefício a favor de quem ficar com a guarda do seu filho.[42] No âmbito da **previdência social**, em caso de falecimento do segurado que fizer jus ao salário-maternidade, o benefício será pago ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.[43] Como existe a possibilidade da adoção por uma única pessoa e também por casais homoafetivos, impositivo se falar em **licença-natalidade**, a ser usufruída por ambos os pais

---

39. Licença maternidade. Direito social. Interpretação extensiva da lei. Afastamento do fator biológico. Precedente do STF. Multiparentalidade. Mãe biológica não gestante. Irrelevância. Direito líquido e certo assegurado. Garantia de convivência do infante. [...] Muito embora a redação constitucional se refira à licença à gestante – assim como consta também na legislação municipal – a interpretação que se dá ao texto legal é extensiva, aplicando-se à condição de maternidade, não mais importando o fator biológico e gestacional (RE 778.889/STF – repercussão geral). Diante da evolução do conceito de entidade familiar, a multiparentalidade tornou-se possível, de forma que, quanto à licença maternidade, a concessão do benefício já não comporta mais a vinculação ao fator biológico, nem é vedada aos núcleos familiares homoafetivos multiparentais ou, até mesmo, aos monoparentais, até porque a referida licença é também garantia assegurada ao menor – A multiparentalidade materna não retira da mãe biológica não gestante o direito líquido e certo de gozar da licença remunerada de cento e vinte dias pelo nascimento dos filhos. A administração pública e, sobretudo o Poder Judiciário precisam ficar atento aos novos conceitos sociais de entidade familiar, adaptando-se a extensão de direitos. (TJMG – RN 10000190509869001, Re. Renato Dresch, j. 20/02/2020).
40. TRF-4ª Reg. – 5023794-15.2020.4.04.0000/MS, 4ª T,Rel. Marga Inge Barth Tessler, j. 10/06/2020.
41. Prorrogação da licença-maternidade. Parto prematuro. Internação em UTI. Início da contagem da licença após a alta hospitalar da criança. Art. 227 da Constituição Federal. No caso, o parto prematuro e a internação do recém-nascido em UTI, aliados a uma fragilidade natural decorrente desse quadro, demonstram que o bebê necessita de mais cuidados e um contato intenso com sua mãe, o que torna imperioso que a contagem do prazo da licença-maternidade inicie apenas depois da alta médica da criança, para que a mãe possa usufruir do seu direito de forma integral. (TRT 10ª Reg., – RO 00008627120185100022/DF, Rel. Des. Elke Doris Just, j. 06/11/2019).
42. Lei complementar 146/2014.
43. Lei 8.213/1991, 71-B.

pelo período de 15 dias e depois por qualquer deles, dividindo o tempo do modo como convencionarem.

Essa previsão está no **Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero** (PLS 134/2018).[44] O projeto de lei, elaborado pela Comissão da Diversidade Sexual e Gênero do Conselho Federal da OAB, foi apresentado ao Senado Federal por iniciativa popular, acompanhado de 100 mil assinaturas.

No âmbito do serviço público federal,[45] persiste a diferenciação temporal da licença no caso de adoção ou guarda, a depender da idade do adotado, às claras. Flagrante a inconstitucionalidade, ao conceder tratamento discriminatório a mães e filhos. Em boa hora esta distinção foi eliminada pelo STF, em decisão vinculante, com formulação de tese.[46] Ora, quanto maior a criança, mais difícil a adaptação ao novo lar. É fundamental que adotante e adotado disponham de um período para conviverem e estreitarem laços de afinidade. Crianças constroem sua estrutura social e emocional a partir da identificação com as pessoas que preenchem suas necessidades de alimentação, proteção, higiene, aconchego, entre outras, sendo que as necessidades psicológicas, quase sempre, suplantam as necessidades de ordem material.

14.5. ADOÇÃO "À BRASILEIRA" OU AFETIVA

Há uma prática disseminada no Brasil – daí o nome "adoção à brasileira". É quando o marido ou companheiro registra em seu nome o filho da esposa ou companheira, como se fosse filho dele. O termo é criticado por alguns, pois esta adoção é considerada crime pelo Código Penal. Assim, dizer que uma adoção é feita à moda brasileira conduziria à ideia de crime, se estaria dizendo nas entrelinhas de que só brasileiros fariam este tipo de adoção.[47]

De qualquer modo, se trata de **crime contra o estado de filiação** (CP 242): registrar como seu o filho de outrem. Diverge a jurisprudência sobre

44. Texto disponível no site: www.direitohomoafetivo.com.br.

45. Lei 8.112/1990 210; Dec. 6.690/2008 2º, § 3º.

46. STF – Tema 782: Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada.

47. Flávio Gonçalves Louzada, O reconhecimento da multiparentalidade pelo STF..., 81.

a condenação do réu,[48] a concessão do **perdão judicial**[49] ou o reconhecimento da nobreza do ato que **privilegia** o delito (CP 242 parágrafo único).[50]

Ainda assim, a hipótese é recorrente. Alguém se apaixona por quem tem um filho e simplesmente o registra em seu nome. Quase um "crime perfeito", pois a ninguém interessa denunciá-lo. No entanto, rompido o vínculo afetivo do casal, diante da obrigatoriedade de arcar com alimentos a favor do filho, o pai busca a desconstituição do registro por meio de **ação anulatória ou negatória de paternidade**.

A jurisprudência reconhece a voluntariedade do ato praticado de modo espontâneo e não admite a anulação do registro de nascimento, considerando-o irreversível. Como não houve **vício de vontade**, não cabe a **anulação**, sob o fundamento de que a lei não autoriza a ninguém vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento (CC 1.604). Ainda que dito dispositivo legal excepcione a possibilidade de anulação por erro ou falsidade, não se pode aceitar a alegação de falsidade do registro levada a efeito pela própria pessoa. Assim, registrar filho alheio como próprio, sabendo não ser verdadeira filiação, impede posterior pedido de anulação. O registro não revela nada mais do que aquilo que foi declarado – por conseguinte, corresponde à realidade do fato jurídico. Descabido falar em falsidade.[51]

A intenção de formar um núcleo familiar deveria ensejar a **adoção unilateral** do filho da companheira, e não o seu indevido registro. E como a adoção é **irrevogável** (ECA 39 § 1.º), não se pode conceder tratamento diferenciado a quem faz uso de **expediente ilegal**. Inquestionável a vontade de quem assim age em assumir a paternidade, não podendo ser aceito **arrependimento posterior**. Imperativo prestigiar a **posse de estado de filho** de que desfruta o registrado, na medida em que se constituiu uma filiação socioafetiva.

Ainda que seja obstaculizado ao **pai registral** a desconstituição do vínculo de paternidade, igual impedimento não existe com relação ao **filho**,

---

48. STJ – REsp 1.854.277/SP (2019/0378459-0) (Dec. Monocrática), Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/06/2020.

49. TJGO – AC 03626308920158090091, 3ª C. Crim., Rel. Des. Itaney Francisco Campos, j. 06/03/2018 ■ TJPR – 0001692-90.2013.8.16.0120 – 3ª C. Crim., Rel. Des. José Cichocki Neto, j. 19.10.2018.

50. TJSC – AC 0012287-40.2014.8.24.0008, 4ª C. Crim., Rel. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 13/08/2020.

51. Fabíola Lôbo, Adoção à brasileira..., 361.

que pode fazer uso da ação anulatória do registro, pois está a vindicar seu estado de filiação. Dispõe de legitimidade para buscar o reconhecimento da filiação biológica e a anulação do registro levado a efeito. No entanto, comprovada a existência de **filiação socioafetiva** com o pai registral, é de se reconhecer a **multiparentalidade**, com a inserção no registro de nascimento, da filiação biológica sem excluir o pai registral.[52]

Provimento do Conselho Nacional de Justiça[53] admite que se proceda, junto ao Cartório do Registro Civil, o registro voluntário de **filiação socioafetiva**, de quem tiver mais de 12 anos de idade. É indispensável a concordância dos pais registrais e o consentimento do filho. Administrativamente só é possível o registro de um **ascendente**. O registro da filiação socioafetiva com relação a mais de um ascendente depende de demanda judicial.

Depois de atingir a maioridade, o filho pode somente buscar o efeito anulatório, sem intentar a ação de reconhecimento da paternidade contra o pai biológico. Dispõe ele do direito de simplesmente excluir do registro o nome de quem lá consta como seu genitor (CC 1.614).

14.6. ADOÇÃO DIRIGIDA OU *INTUITU PERSONAE*

Não se reconhece o direito de a mãe eleger a quem dar o filho à adoção, sem atentar que esse é o maior gesto de amor que existe: sabendo que não poderá criá-lo, renunciar ao filho, para assegurar-lhe uma vida melhor da que pode lhe propiciar, é atitude que só o amor justifica! É o que se chama de adoção *intuitu personae, direta* ou dirigida. Mas a tendência é não aceitá-la. Ao tomar conhecimento de que tal aconteceu, muitas vezes o Ministério Público pede, e o juiz autoriza, a **busca e apreensão** da criança. Ela é retirada do único lar que conhece e levada a um abrigo para ser adotada segundo a ordem do cadastro. Ou seja, por um erro dos

52. Ação de adoção. Sentença que deferiu o pleito autoral e destituiu o poder familiar dos genitores. Pleito da genitora biológica de manter seu nome no assento registral do menor. Possibilidade. Multiparentalidade reconhecida. Tese de repercussão geral fixada pelo Supremo Tribunal, no julgamento do Re 898.060. Preservação do vínculo biológico materno concomitante com o reconhecimento do vínculo socioafetivo. Manutenção do liame afetivo materno-filial. Observância do melhor interesse e da proteção integral. Sentença mantida por outros fundamentos. Recurso conhecido e provido parcialmente. Decisão unânime. (TJSE – AC 00005899220168250055, 2ª C. Cív., Rel. José dos Anjos, j. 01/10/2019).

53. CNJ – Provimento 63/2017, substancialmente alterado pelo Provimento 83/2019.

adultos, acaba sendo punida a criança que perde os únicos referenciais afetivos que conhece.[54]

Também a entrega irregular do filho a terceiros para fins de adoção acarreta a **perda do poder familiar** (CC 1.638 V). Uma tentativa de inibir a adoção *intuito personae.*

Só que nada, absolutamente nada, deveria impedir a mãe de escolher a quem entregar o seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos é um casal de amigos, que têm certa maneira de ver a vida, ou uma retidão de caráter, que a mãe considera serem os pais ideais para o seu filho.[55]

Existe uma exacerbada tendência de sacralizar a lista das pessoas cadastradas à adoção, não sendo admitida, em hipótese nenhuma, a adoção por **pessoas não inscritas**. É tal a intransigência e a cega obediência à ordem de preferência que se deixa de atentar ao menor interesse de quem já se encontra inserido em um contexto familiar. Afinal, há situações em que, mais do que recomendável, é necessário deferir a adoção sem atentar à listagem.

A **ideologia da maternidade** vivida nos nossos dias, e nascida com a sociedade burguesa patriarcal, confere a todas as mulheres a faculdade natural de amar sem restrições e de cuidar da criança que concebeu sob quaisquer condições. As que recusam de algum modo esse destino biológico e social são consideradas exceções e recebem com frequência rótulos negativos e desqualificantes. Fazem-se assim as vítimas do mito do amor materno.[56]

Cabe lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear **tutor** ao filho (CC 1.729). E se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com ele depois da morte, não se justifica negar o direito de escolher a quem

---

54. Cadastro de adoção. Mitigação. Processos de destituição do poder familiar e adoção. Manutenção da criança na família onde está habituada. Possibilidade em atenção ao melhor interesse do menor. Embora a adoção à brasileira não se revista de legalidade, a regra segundo ■ qual ■ adoção deve ser realizada com observância do cadastro nacional de adotantes deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse do menor, admitindo-se, ainda que excepcionalmente, ■ concessão da guarda a quem tem idoneidade e plenas condições de cuidar da criança. (TJRO – AC 7008258-80.2017.822.0005, Rel. Des. Paulo Kiyochi, j. 03/06/2019).

55. IBDFAM – Enunciado 13: Na hipótese de adoção *intuitu personae* de criança ■ de adolescente, os pais biológicos podem eleger os adotantes.

56. Cynthia Ladvocat; Solange Diuana, Guia de adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família, 423.

dá-lo em vida. Aliás, o encaminhamento de crianças à adoção requer o consentimento dos genitores (ECA 166).

Ainda que o STJ prestigie, cada vez com mais ênfase, o vínculo de convivência já consolidado,[57] o Ministério Público continua insistindo em pedir a **busca e apreensão** e a institucionalização de crianças, independentemente do tempo de convívio. O juiz sequer determina prévia avaliação para verificar se a situação em que ela se encontra atende ao seu melhor interesse.[58] Não, imediatamente arranca a criança dos braços que sempre a acalentou e determina seja recolhida a um abrigo. Lá ela permanece até findar o processo de destituição do poder familiar, para depois ser entregue em adoção ao primeiro inscrito da lista disposto a adotá-la. Como estes procedimentos frequentemente chegam a demorar anos, a criança cresce e talvez acabe sem ninguém que a queira. Até que, ao completar 18 anos, seja "jogada" para fora do abrigo. Tais situações acabam por ensejar a chamada "adoção à brasileira" ou manter irregularmente a guarda de fato, por medo de buscar a justiça e perder o filho. Claro que isso não resguarda o melhor interesse de quem veio ao mundo sem querer e encontrou alguém que o quis.

A sorte é que a jurisprudência vem sendo mais sensível, não determinando a institucionalização. Mesmo quando reconhecida a ocorrência de adoção *intuito personae*.[59]

---

57. Ordem cronológica em fila de adoção não tem caráter absoluto. Recém-nascida deve permanecer com família substituta. Melhor interesse da criança. Pandemia. (STJ – HC 574.439/SP (2020/0090310-0), Rel. Min. Moura Ribeiro, p. 14/05/2020).

58. IBDFAM – Enunciado 35: Nas hipóteses em que o processo de adoção não observar o prévio cadastro, e sempre que possível, não deve a criança ser afastada do lar em que se encontra sem a realização de prévio estudo psicossocial que constate a existência, ou não, de vínculos de socioafetividade.

59. Ação de destituição do poder familiar c/c declaratória de nulidade de registro de nascimento, medida protetiva de acolhimento institucional e busca e apreensão de menor. Decisão que determinou a busca e apreensão de criança de 8 meses, que estava sob a guarda de fato de terceiros e acolhimento em instituição de acolhimento infantil. Ponderação entre normas processuais e princípios. Princípio do melhor interesse da criança. Retorno da criança para o lar onde estava inserido. Família substituta. Adoção intuito personae. Recurso provido. 1. A Constituição Federal traz em seu artigo 227 a previsão de prioridade absoluta do interesse da criança e adolescente 2. Assim, não vejo como vingar a aspiração ministerial de 1º grau de manutenção da criança em entidade de acolhimento, até que seja proferido sentença, em detrimento do lar que poderá usufruir durante este período. 3. Ausentes as circunstâncias autorizadoras da medida de abrigamento, eis que torna temerária a adoção de um procedimento que, por sua natural demora, pode prolongar a permanência do menor em abrigo ou instituição de acolhimento, numa verdadeira inversão da ordem legal imposta pelo ECA, na qual esta opção deve ser a última e não a primeira a ser

O STJ, atentando ao princípio do melhor interesse, tem aceitado o uso de *habeas corpus* para revogar ordem de buscar e apreensão, mesmo quando há indícios de burla ao cadastro. Reconhecida a determinação de acolhimento institucional como medida teratológica, já concedeu *habeas* de ofício.[60]

Não havendo risco, deve ser prestigiado o período de convívio, ainda que o guardião não esteja cadastrado à adoção.[61] Tendo a mãe procedido à

---

utilizada. (STJ HC 298009/SP). 4. Atento às peculiaridades do caso concreto, tenho por bem que ■ melhor solução, nesta fase processual, é devolver o menor E. G. ao seio familiar que estava inserido e onde poderá receber todo carinho ■ cuidado que uma criança em sua tenra idade (dez meses) necessita, até que, em cognição exauriente, se defina qual o melhor caminho ao resguardo de seus interesses. Agravo conhecido e provido. (TJGO – AI 00552149820198090000, 3ª Câm. Civ., Rel. Fábio Cristóvão de Campos Faria, j. 13/05/2019).

60. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Ação de adoção cumulada com destituição de poder familiar. *Habeas corpus* contra decisão de relator de corte da origem. Possibilidade de concessão da ordem de ofício. Determinação judicial de busca e apreensão de criança para posterior abrigamento institucional. Formação de vínculo afetivo entre ■ menor ■ a pretensa família adotante, já inscrita no cadastro nacional de adotantes. Primazia do acolhimento familiar em detrimento de colocação em abrigo institucional. Precedentes. O cadastro nacional de adoção deve ser sopesado com o princípio do melhor interesse do menor. Recurso ordinário não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício. 1. Nos termos do art. 105, III, c, da CF, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, o *habeas corpus* quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição. 1.1. Embora não tenha inaugurado ■ competência constitucional desta eg. Corte Superior, existe, excepcionalmente, a possibilidade de concessão da ordem de ofício, na hipótese em que se verificar que alguém sofre ou está sofrendo constrangimento em sua liberdade de locomoção em razão de decisão manifestamente ilegal ou teratológica da autoridade apontada como coatora, o que se verifica no caso. 2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre ■ família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes. 3. A ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar (HC 468.691/SC). 4. Recurso ordinário não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício. (STJ – RHC 106.091/GO (2018/0322237-0), 3ª T., Rel. Moura Ribeiro, j. 09/04/2019).

61. Ação de destituição de poder familiar e adoção. Não inscrição no cadastro nacional de adoção. Adoção *intuitu personae*. Ausência de indícios de má-fé. Excepcional situação de fato consolidada há mais de 6 (seis) anos. Preponderância do melhor interesse da criança. Sentença concessiva da adoção. Manutenção. Prequestiona-

entrega do filho – regular ou irregularmente –, posterior **arrependimento** não autoriza que busque sua restituição. Independentemente do tempo em que a criança se encontra em poder de quem a acolheu, a constituição da **filiação socioafetiva** impede que seja retirada dos braços de quem ela identifica como seus pais. Solução em sentido contrário configura mero apego ao biologismo, que não se justifica, deixando de atentar ao seu **melhor interesse** para privilegiar o desejo da mãe.

Há circunstâncias outras. Quem busca adotar o recém-nascido que encontrou no lixo ou quando surge um vínculo afetivo entre quem trabalha ou desenvolve serviço voluntário com uma criança abrigada na instituição. Claro que o adotante não se submeteu ao procedimento de inscrição, até porque jamais havia pensado em adotar, até o dia em que o filho chegou ao seu colo. Imperioso que a adoção aconteça, após a habilitação do adotante.

14.7. ENTREGA VOLUNTÁRIA

Ainda que todos sustentem – de forma enfática e até raivosa – que é proibida a adoção consensual, tal vedação não existe no ECA. Ao contrário, é expressamente prevista.

Há a possibilidade de **colocação em família substituta**, inclusive para fins de adoção. O pedido pode ser requerido por quem tem ou não parentesco com a criança (ECA 165 II), mediante expressa concordância dos pais. O requerimento pode ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado (ECA 166).

---

mento. I- A preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta, sendo que a observância ao prévio cadastro de adotantes deve ser mitigada, em hipóteses excepcionalíssimas, máxime quando demonstrada, no caso concreto, a existência de vínculo afetivo existente entre os pretensos adotantes e a criança. Precedentes do STJ. II- Em cotejo com o princípio da prevalência da família natural, não deve ser olvidado o princípio maior que regulamenta a adoção, qual seja, o do bem-estar ou do melhor interesse das crianças e adolescentes. No caso, a criança foi entregue, voluntariamente, pela genitora à postulante, permanecendo sob guarda (de fato) e cuidados desta desde 2013 – antes de completar um mês de vida, e guarda provisória desde 2016, estando plenamente adaptada e vinculada afetivamente à pretensa adotante. A situação concreta autoriza o deferimento da adoção do infante à postulante, em preponderância do princípio do melhor interesse da criança. [...] Recurso conhecido e desprovido. (TJGO – AC 01190411720168090052, 4ª C. Cív., Rel. Sebastião Luiz Fleury, j. 17/02/2020).

Após os genitores serem atendidos por equipe interdisciplinar, precisam ratificar seu desejo em audiência, na qual estarão acompanhados de defensor ou procurador. Ouvido o Ministério Público, o juiz extingue o poder familiar.

Há mais uma hipótese em que pode haver a adoção, sem atendimento à ordem preferencial do cadastro. Quem estiver devidamente habilitado e detiver a **guarda legal** de adolescente ou de criança maior de três anos de idade. Basta comprovar a presença de laços de afinidade, afetividade e que não seja constatada a ocorrência de má-fé (ECA 50 § 13 III).

A grande novidade da última reforma do ECA foi admitir a **entrega voluntária do filho à adoção**, na tentativa de impedir as chamadas **adoções diretas**.

A gestante ou a mãe, que manifeste interesse em entregar o filho à adoção, deve fazê-lo **judicialmente** (ECA, 19-A). Antes ou depois do nascimento do filho, é encaminhada ao Juizado da Infância e Juventude. Ela não precisa estar acompanhada de advogado, para se apresentar no balcão do fórum dizendo que deseja entregar o filho à adoção. Tomada a termo sua manifestação, é instaurado um procedimento.

Apesar da boa intenção, a novidade não surtiu o efeito esperado. O procedimento é praticamente inexequível. O expediente deve ser encaminhado à equipe interprofissional, uma vez que a mãe deve receber orientações e esclarecimentos sobre a irrevogabilidade da medida (ECA 166, § 2.º), tendo direito à **assistência psicológica** no período pré e pós-natal (ECA 8.º § 5.º).

Recebida a avaliação, se não houver pedido de **sigilo da entrega** (ECA 19-A § 5.º e 166 § 3.º), pelo prazo de 90 dias, prorrogável por igual período, é feita a busca da **família extensa** (ECA 19-A § 3.º).[62]

O direito ao sigilo não retira do adotado o direito de conhecer sua **origem biológica** (ECA 48).

Se não houve indicação do genitor ou de alguém da família extensa para receber a guarda (ECA 19-A § 4.º), depois do **nascimento**, o juiz deve designar **audiência** no prazo de 10 dias da entrega da criança (ECA 19-A § 5.º e 166 § 1.º I).

Na solenidade, na presença do Ministério Público, a mãe ou os pais, devidamente assistidos por advogado ou defensor, serão obrigatoriamente ouvidos (ECA 161 § 4.º), garantida a livre manifestação de vontade (ECA

---

62. FONAJUP – Enunciado 17: A busca pela família extensa nos casos de procedimento de entrega voluntária prevista no artigo 19-A, § 3º, do ECA, somente ocorrerá quando a genitora renunciar seu direito ao sigilo.

166 § 3.º). Ratificada a **concordância** com a adoção, o juiz **extingue o poder familiar** (ECA 166 § 1.º II).[63] E suspende o poder familiar do genitor registral que não compareceu ao ato.[64]

Na hipótese de não comparecerem à audiência nem o genitor nem representante da família extensa, para confirmar a intenção de exercer o poder familiar ou a guarda, o juiz **suspende o poder familiar da mãe**, e a criança será colocada sob a guarda provisória de quem esteja habilitado a adotá-la (ECA 19-A § 6.º).

Ainda assim, em até 10 dias após a sentença, pode haver a **desistência da adoção** (ECA 166 § 5.º). A revogação do consentimento, no entanto, impede a adoção, pois é necessário atentar ao melhor interesse do adotando.[65]

Este procedimento não deve demorar mais de 120 dias (ECA 163).

14.8. ADOÇÃO UNILATERAL

Solvido um vínculo afetivo, a tendência de todos é buscar novos amores. Quando um ou ambos possuem filhos de uniões anteriores, há a possibilidade de o parceiro adotá-los. Forma-se um novo núcleo familiar – a chamada **família mosaico** – e é natural o desejo de consolidar os laços familiares não só do par, mas também com relação aos respectivos filhos.

Em outras palavras, se uma mulher tem um filho, seu cônjuge ou companheiro pode adotá-lo. Ocorre a destituição do poder familiar do genitor que é substituído pelo padrasto (ECA 41 § 1.º). O filho mantém o vínculo de filiação com a mãe e o com o adotante. O **poder familiar** é exercido por ambos, e o parentesco se estabelece com os parentes de cada um deles.[66]

---

63. FONAJUP – Enunciado 02: Após a oitiva judicial dos pais, na entrega voluntária de seus filhos para colocação em família adotiva, o juiz homologará a declaração de vontade dos pais nos próprios autos e declarará extinto o poder familiar.

64. FONAJUP – Enunciado 15: Na hipótese do artigo 19-A, § 6º, do ECA, caso a mãe tenha manifestado em audiência o interesse em entregar seu filho à adoção, na forma do *caput* e parágrafos do dispositivo e do artigo 166, § 1º, será extinto o seu poder familiar, podendo ser suspenso o do genitor registral que não compareceu ao ato, após regularmente intimado ou quando não tenha sido localizado, em ação própria de perda do poder familiar.

65. JCJF – Enunciado 259: A revogação do consentimento não impede, por si só, a adoção, observado o melhor interesse do adotando.

66. Destituição do poder familiar. Adoção unilateral. Padrasto e enteada. art. 1.638 do CCB. Abandono. Adoção que atende ao superior interesse da infante. Caso em que está amplamente evidenciado o abandono perpetrado pelo pai biológico a ensejar a perda do poder familiar e, por conseguinte, o acolhimento do pedido de adoção

Estabelece-se uma **biparentalidade fática** do filho com o parceiro do genitor biológico.[67] Trata-se de forma especial de adoção, que tem caráter **híbrido**, pois permite a substituição de somente um dos genitores e respectiva ascendência. Daí adoção unilateral.

Subsistem os **impedimentos matrimoniais** de duas ordens, tanto com a família de sangue (CC 1.521 I, II e IV) como com relação à adotiva (CC 1.521 III e V).

Esta ação, no entanto, é de pouco uso. Até porque nada justifica condicionar a adoção ao **consentimento** expresso do genitor (ECA 45). A necessidade da concordância é de todo descabida. Exigência legal que revela a sacralização do vínculo familiar originário, ainda que desfeito, em detrimento do elo de afetividade que se estabeleceu com quem assumiu os encargos parentais.

A hipótese é recorrente. Abandonado pelo pai, o filho passa a ter estreita vinculação com o companheiro ou marido da mãe. Como o abandono serve de causa para a **perda do poder familiar** (CC 1.638 II), essa é a única solução quando injustamente o pai se insurge contra a adoção. Assim, cabe cumular o pedido de destituição do poder familiar com o de adoção. Ainda que não requerida a destituição do poder familiar, esse é um **efeito anexo** da sentença.

O novo cônjuge ou companheiro dispõe de **legitimidade ativa** para a ação de destituição do poder familiar do genitor cumulada com a ação de adoção. O pai somente precisa ser citado para se sujeitar aos efeitos da sentença, pois perderá o vínculo jurídico com o filho.

Para evitar esta longa demanda que se perpetua na justiça, há a possibilidade de o **enteado** acrescentar o **sobrenome do padrasto ou madrasta**, sem que, para isso, seja necessária a autorização do genitor (LRP 57 § 8.º). Como não há alteração do nome do pai registral pelo nome do padrasto, a inclusão não subtrai do pai biológico os deveres decorrentes do poder familiar. Mas leva o padrasto a assumir os encargos decorrentes do vínculo de filiação afetiva com o enteado. E a alteração serve de prova para o filho buscar o reconhecimento da filiação afetiva frente àquele que já lhe concedeu o direito ao uso do nome.

Quando ocorre o falecimento do padrasto, o enteado é equiparado ao filho e tem direito aos **benefícios previdenciários** (Lei 8.213/1991, art. 16, § 2.º). Basta comprovação da dependência econômica.

---

realizado pelo padrasto, a quem a menina reconhece como única figura paterna. Apelação desprovida. (TJRS – AC 70080465156/RS, 8ª Câm. Civ., Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 04/04/2019).

67. Waldyr Grisard Filho, Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?, 39.

Cada vez com mais frequência a justiça vem reconhecendo a possibilidade **multiparentalidade**. Por exemplo, quando a criança mantém vínculo socioafetivo tanto com o pai biológico quanto com novo companheiro da mãe. Nessa hipótese, em vez de ser deferida a adoção unilateral, se acrescenta mais um pai e os respectivos avós na certidão de nascimento. Pode haver, inclusive, a alteração da composição do nome, com a inclusão do sobrenome do padrasto. Deste modo, no registro vai constar o nome de três pais e de seis avós. Essa é uma solução para lá de salutar, pois, além de ser amado por um maior número de pessoas, o filho também terá um número maior de direitos, como alimentos e direitos sucessórios.

Há três **possibilidades** para a ocorrência da adoção unilateral:

- quando o filho foi reconhecido por apenas um dos pais, a ele compete autorizar a adoção pelo seu parceiro;
- reconhecido por ambos os genitores, é deferida a adoção ao novo cônjuge ou companheiro do guardião, decaindo o genitor biológico do poder familiar;
- com o falecimento do pai biológico, pode o órfão ser adotado pelo cônjuge ou parceiro do genitor sobrevivente.

Quanto à última hipótese, há divergência em sede doutrinária. A **morte do genitor** leva à extinção do poder familiar (CC 1.635 I). Na falta de um dos pais, o poder familiar é exercido exclusivamente pelo outro (CC 1.631). No entanto, há quem sustente que o genitor sobrevivente não tem o direito de dispor da identidade e do nome do filho. Não tem legitimidade para autorizar a adoção, o que implica extinguir o poder familiar do genitor falecido.[68] Sob esse fundamento, a tendência é não admitir a adoção unilateral em face da impossibilidade de o genitor, em virtude da morte, se manifestar. Porém, com isso simplesmente alija-se o direito a nova identidade familiar. Em nome da preservação dos laços de parentesco com a família biológica, olvida-se que se está vivendo em plena era da **doutrina da proteção integral**, e que o interesse de crianças e adolescentes é prioridade absoluta. Como é indispensável a concordância do adotando, ao menos depois da idade de 12 anos, manifestando-se ele favoravelmente à adoção, não há por que negá-la. No entanto, para a ação é indispensável a citação dos avós, pais do genitor falecido. Além disso, cabe assegurar aos avós o **direito de visita**.

---

68. Idem, 41.

14.9. ADOÇÃO MULTIPARENTAL

Todo o mundo se choca com o surpreende número de crianças e adolescentes literalmente depositados em abrigos, por muitos anos. Uma realidade que flagra a absoluta desatenção do estado para com quem merece atenção especial com absoluta prioridade (CR 227).

A grande dificuldade é a tentativa de manter o vínculo com a **família natural**, sem que exista estrutura para assegurar aos genitores condições de continuarem com a guarda dos filhos (ECA 101 IV a VI). Depois vem a verdadeira caça a algum parente, sem sequer atentar que **família extensa** é quando existe vínculo de convivência e afetividade (ECA 25 parágrafo único).

Só depois é que se inicia o demorado processo de **destituição do poder familiar**. E somente depois do trânsito em julgado é que se pode pensar na adoção.

Claro que decorrido tanto tempo, a criança perdeu a primeira infância e para o adolescente desapareceu a chance de ser adotado.

E o que fazer?

Como a prioridade do ECA é a preservação da família natural, sendo considerada a adoção medida excepcional (ECA 19 e 28), indispensável reconhecer a possibilidade da adoção multiparental.

A lógica binária e excludente da biparentalidade deve dar lugar a uma parentalidade inclusiva e condizente com a realidade, devendo ser pai quem exerce a função paterna e mãe quem exerce a função materna, sem limitações de número, pois o que importa de fato é a qualidade dos vínculos paterno e materno filial e do ambiente em que a criança está inserida.[69]

A **multiparentalidade** vem sendo reconhecida e concedida, hipótese em mais pessoas assumem as funções parentais. Inclusive, quando o filho tem mais de 12 anos, existe a possibilidade de tal ocorrer **administrativamente**.[70]

Deste modo, há a possibilidade de o filho adotivo buscar o reconhecimento da multiparentalidade com o pai biológico.[71]

---

69. Larissa Nunes Mota, Adoção multiparental no direito brasileiro..., p. 55.

70. CNJ – Provimento 63/2017.

71. [...] Investigação de paternidade julgada procedente. Multiparentalidade. Possibilidade. [...] 4. O fato de ter havido a adoção plena do autor não o impede de forma alguma de ter reconhecida a verdade biológica quanto a sua filiação. Isso porque o art. 27 do ECA não deve alcançar apenas aqueles que não foram adotados, porque jamais a interpretação da lei pode dar ensanchas a decisões discriminatórias, excludentes de direitos, de cunho marcadamente indisponível e de caráter persona-

Quando se trata de crianças adolescentes, o desejo pela adoção pode gerar uma crise de lealdade para com os pais. Como diz Larissa Nunes Mota, na adoção multiparental, o que se deseja não é romper com o passado; pelo contrário, o que se almeja é a manutenção de todos os vínculos de filiação que são de fato exercidos – e o nome, sendo importante para a composição da identidade de um sujeito, deve também ser mantido. Assim, a criança pode, na adoção multiparental, cumular os sobrenomes de todos os pais e mães, sem ordem predeterminada, decisão esta que deve ser feita em comum acordo entre eles.[72]

14.10. ADOÇÃO COMPARTILHADA

Quem se candidata à adoção, sonha em encontrar o filho idealizado. Daí a preferência por crianças menores e que sejam a imagem e semelhança dos adotantes. Mas somente a possibilidade de conhecer e conviver com crianças e adolescentes aptos a serem adotados é que permite a troca do perfil que havia sido eleito. Aliás, esta é a única chance de crianças com alguma doença ou deficiência serem adotadas. Todo mundo sabe que o amor acontece quase instantaneamente. Quem deseja um filho, se deixa

líssimo, sobre cujo exercício não pode recair nenhuma restrição, como ocorre com o direito ao reconhecimento do estado de filiação. [...] 5. A procedência do pedido de investigação de paternidade – o que não é objeto de insurgência por ambas as partes – de filho que fora adotado pelos tios maternos, com o pleito de novo assento, constando o nome do pai verdadeiro, implica o reconhecimento de todas as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais daí advindas, sob pena de admitir-se discriminação em relação à condição de adotado. 6. Esse entendimento está em consonância com a orientação dada pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral do tema no RE 898.060/SC, Relator Ministro Luiz Fux, *DJe* 24/8/2017, preconizando que "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais". Com efeito, a multiparentalidade é admitida tanto pelo STJ, como pelo STF. [...] 8. O Direito de Família vem evoluindo de modo significativo nos últimos tempos, rompendo-se com décadas de tratamento discriminatório dispensado tanto aos filhos havidos fora do casamento, como à própria mulher, principalmente se envolvida grande desigualdade social, como na espécie dos autos. 9. Diante das circunstâncias do caso concreto, inexiste qualquer impedimento para o reconhecimento da multiparentalidade, sob pena de punir o filho em detrimento do descaso de seu pai biológico por anos a fio. Se este não pode ser compelido a tratar o autor como filho, deve ao menos arcar financeiramente com a paternidade responsável em relação à prole que gerou. [...] (STJ – AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1.607.056/SP (2016/0150632-0), 4ª T., Rel. Min Luis Felipe Salomão, j. 15/10/2019).

72. Larissa Nunes Mota, Adoção multiparental no direito brasileiro..., p. 81.

cativar por um olhar, se apaixona por um sorriso e nele identifica o filho que tanto deseja.

Quando esta química acontece, a adoção precisa acontecer. No entanto, a revelação de que existem outros irmãos de variadas idades, e que devem ser adotados em conjunto, leva os pais a desistirem do filho que haviam encontrado. Quem se preparou para ter um filho, difícil que aceite quatro, oito ou 10 filhos, todos ao mesmo tempo!

E este é um dos fatores que leva ao encarceramento de muitas crianças, por muitos anos, é o fato de muitos terem irmãos.

Assim, quando existe grupos de irmãos, é necessário encontrar outra solução: a adoção compartilhada.

A presença de inúmeros grupos de irmãos disponíveis à adoção decorre da ausência de comprometimento do estado em promover políticas de controle da natalidade, quando já reconhecido que a mulher ou o casal não têm condições de assumir os encargos parentais.

Este é um fato recorrente. Depois de os filhos serem afastados do convívio familiar, por maus-tratos, abuso ou negligência, nada é feito para impedir que a mãe ou casal tenha mais filhos. Assim, a cada ano nasce mais um filho que acaba também institucionalizado.

Apesar da recomendação de não ocorrer o desmembramento de grupos de irmãos (ECA 92 V), no mais das vezes, eles nem são mantidos no mesmo abrigo. Sequer se conhecem. Conclusão: existem inúmeros grupo de irmãos, com idades diferentes, sem qualquer chance de serem adotados.

Ainda que seja fácil a colocação de crianças pequenas, é complicado quando elas têm irmãos adolescentes. Em face da determinação de que grupos de irmãos sejam colocados em adoção na mesma família, acaba nenhum deles sendo adotados. Até porque, solução diversa, somente é aceita em **caráter excepcional** se comprovada existência de risco de abuso ou situação outra que a justifique (ECA 28 § 4.º).

Este empecilho precisa ser superado de maneira eficiente e rápida. É preciso abrir a possibilidade a pessoas que residam próximo, adotem os irmãos.

Claro que nestas hipóteses não há que se atentar à ordem cronológica do cadastro. Aliás, sequer precisam estar previamente cadastrados. Até porque podem ser parentes dos adotantes. Havendo a identificação dos interessados, procede-se à habilitação.

Equipe psicossocial deve promover o encontro de todos os pais, mostrando-lhes a indispensabilidade de assumirem o compromisso de promover a convivência entre os irmãos.

Não há outra forma de atender à recomendação legal de evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternos (ECA 28 § 4.º).

14.11. ADOÇÃO HOMOPARENTAL

O tema ainda divide opiniões, mas não existe obstáculo à adoção por homossexuais. As únicas exigências para o deferimento da adoção são que apresente **reais vantagens** para o adotado e se fundamente em motivos legítimos (ECA 43). Em um primeiro momento, *gays* e lésbicas se candidatavam individualmente à adoção, não sendo questionado se mantinham relacionamento homoafetivo. Assim, não era feito o estudo social com o parceiro, o que tornava a habilitação deficiente e incompleta, deixando de atentar aos prevalentes interesses do adotando.

O resultado também vinha em prejuízo à criança. Vivendo em família homoafetiva e possuindo vínculo jurídico com somente um do par, restava absolutamente desamparada com relação ao outro, que também considerava pai ou mãe, mas que não tinha os deveres decorrentes do poder familiar. O não estabelecimento de uma vinculação **obrigacional** gerava a absoluta **irresponsabilidade** de um dos genitores para com o filho que também era seu.

Mesmo antes da histórica decisão do STF reconhecendo a união estável homoafetiva,[73] o STJ já havia admitido a adoção a casais formados de pessoas do mesmo sexo.[74] As justiças estaduais há muito já admitiam a parentalidade homoafetiva, e agora estão aceitando a **multiparentalidade**[75], principalmente nas hipóteses de reprodução assistida. Todos os envolvidos no processo procriativo podem assumir a paternidade do filho.

14.12. ADOÇÃO DE NASCITURO

A doutrina mantém aceso o debate sobre adoção antes do nascimento. Essa possibilidade estava expressamente consagrada na **legislação pretérita** (CC/16 372). O ECA, no entanto, somente admite que a mãe consinta com a adoção **após o nascimento** do filho (ECA 166 § 6.º). Antes ela precisa sujeitar-se a uma verdadeira lavagem cerebral na vã tentativa de convencê-la a permanecer com o filho. Equipe interprofissional presta-lhe orientações

73. STF - ADI 4.277 e ADPF 132, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

74. STJ - REsp 889.852/RS, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.

75. Decisões disponíveis no *site*: www.direitohomaofetivo.com.br.

e esclarecimentos sobre a irrevogabilidade da adoção (ECA 166 § 2.º). Persistindo a intenção de não assumir a maternidade, sua manifestação de vontade precisa ser colhida pelo juiz, em audiência, na presença do Ministério Público (ECA 166 § 3.º).

Diante disso, não haveria mais como sustentar a possibilidade de adoção antes do nascimento. Até porque configuraria **adoção *intuitu personae*** que é vedada pela lei. Diz José Carlos Teixeira Giorgis que o catálogo protetivo dos infantes recomenda um estágio de convivência entre o adotante e o adotado, o que se revela incompatível em relação a um ser enclausurado no corpo feminino; ademais, sendo a sobrevivência do nascituro mera cogitação, a adoção não pode ser atrelada a acontecimento incerto, o que conflitaria com a própria natureza do regime, que aspira a um parentesco definitivo e irrevogável.[76]

No entanto, não há motivo para impedir a adoção antes do nascimento, quer porque a existência de um vínculo de confiança da gestante com os candidatos à adoção só vem em benefício da criança, quer em face das modernas técnicas de reprodução assistida, que estão desmotivando quem quer ter um filho de optar pela adoção. Essa possibilidade de adoção deveria ser admitida, principalmente, naqueles casos em que, por exemplo, a mãe é usuária de drogas, ou vive em uma família totalmente desestruturada e o filho, ao nascer, precisa de cuidado e afeto. Se a gestante ficar jogada à própria sorte, pode trazer prejuízo ao filho, de modo que é injustificável não conceder essa adoção.

Rodrigo da Cunha Pereira vai além, ao afirmar que o direito brasileiro não proíbe a doação de **embriões** com o objetivo de procriação assistida. Ao contrário, a Lei de Biossegurança (Lei 11.25/2005) admite que qualquer embrião pode ser encaminhado para doação. Se há a opção de descarte de embriões, ou de doá-los para pesquisa científica, pode-se dar um destino até "mais nobre" que é propiciar que se desenvolvam em uma família ectogenética e em forma de adoção.[77]

14.13. ADOÇÃO DE MAIORES

A adoção de maiores nunca foi proibida. Ao contrário, era até facilitada, na medida em que podia ser levada a efeito por escritura pública, dispensando-se a via judicial.

---

76. José Carlos Teixeira Giorgis, A adoção do nascituro.
77. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito das Famílias, 438.

A partir do advento da nova ordem constitucional, que consagrou o **princípio da igualdade da filiação** (CR227 § 6.º), todos, independentemente da origem da filiação, passaram a gozar da condição de filhos, fazendo jus a idênticos direitos, ainda que tenham sido adotados antes da vigência da Constituição.

Tal levou a doutrina a questionar a **conveniência** de manter a adoção dos maiores de idade. As opiniões divergem. Há quem alegue que a adoção visa, sobretudo, ao exercício do poder familiar, não havendo justificativa para sua concessão aos maiores de 18 anos. Antônio Chaves sustenta que, além de ferir a finalidade do instituto, a adoção normalmente é revestida, nesses casos, de interesse escuso ou duvidoso, de ordem patrimonial ou econômica.[78] Esses argumentos mereceram veementes críticas de Sérgio Gischkow Pereira: *A adoção é instituto por demais sublime e grandioso para que se o amesquinhe com exegeses restritivas, alicerçadas no fechamento egoístico da família consanguínea, em estranhas concepções sobre meias-filiações e no aceitar de uma desigualdade que só provocará problemas psicológicos ao adotado, tudo em nome de interesses menores, porque puramente patrimoniais, ou seja, vinculados à herança.*[79]

No que concerne à adoção de adultos, limita-se o Código Civil a exigir a assistência efetiva do poder público (CC 1.619), o que torna necessária ser feita judicialmente, aplicando-se, no que couber, as regras do ECA.

Como se trata de **direito personalíssimo**, que diz com o estado da pessoa, indispensável a inequívoca manifestação de vontade de adotante e de adotado, mas não é necessário **estágio de convivência**.

A adoção pode ser pleiteada por duas ou mais pessoas que mantenham entre si um vínculo fraternal. Caso a adoção não seja pleiteada por somente um dos cônjuges ou companheiros, é necessária a **anuência do outro cônjuge** (ECA 165 I).[80]

Persiste a vedação da adoção por **ascendentes** ou entre **irmãos** (ECA 42 § 1.º). Assim, avós não podem adotar netos e irmãos não podem ser adotados uns pelos outros, ainda que sejam adultos. Como o vínculo de parentesco alcança também a união estável (CC 1.595), a restrição estende-se aos conviventes, sendo vedada a adoção entre ascendentes e descendentes, mesmo depois de rompida a união. Contudo, não há qualquer óbice à adoção entre **parentes colaterais** de terceiro e quarto graus.

---

78. Antônio Chaves, Adoção, adoção simples e adoção plena, 607.
79. Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de Direito de Família, 123.
80. Em sentido contrário: Arnaldo Rizzardo, Direito de Família, 541.

De todo dispensável o **consentimento dos pais biológicos,**[81] principalmente quando já constituído vínculo de filiação socioafetiva. No entanto, é necessária a **citação deles**, que participam da ação como **litisconsortes necessários** (CPC 114). Afinal, a sentença terá profunda ingerência nas suas vidas. Perdem eles a relação paterno-filial, que, às claras, não se esgota com a extinção do poder familiar. Como a adoção faz cessar os vínculos parentais, desarrazoada a "perda" de um filho sem sequer tomar conhecimento desse fato. Cabe trazer, como exemplo, a impossibilidade de eles pedirem alimentos ao filho que foi adotado, além de haver o rompimento da vocação hereditária entre ambos.[82]

14.14. ADOÇÃO DE PAIS

A situação parece inusitada, mas é absolutamente plausível.

Uma enfermeira adotou uma idosa que residia no hospital desde a infância e não tinha família. Como a instituição iria fechar, ela buscou judicialmente, e obteve sua adoção.

A partir deste antecedente, cabe a pergunta: por que não?

Afinal, existem milhares de pessoas que são abandonadas em abrigos, e lá permanecem até a morte. Também há residentes de rua, que não tem uma casa, uma família. Até se deveria fazer campanhas para a adoção dessas pessoas. É necessário tirá-las da invisibilidade, permitir que contem suas histórias de vida.

A hipótese configuraria uma maternidade ou paternidade socioafetiva. Tanto no registro do adotante como no registro do adotado passaria a constar, além de seus pais registrais, os pais afetivos. Constituindo-se uma multiparentalidade, para todos os efeitos legais.

---

81. Tânia da Silva Pereira, Adoção, 160.

82. Ação de adoção unilateral de pessoa maior de idade por pai apontado socioafetivo. Decisão impugnada determina emenda da petição inicial, a fim de que seja incluído, no polo passivo, o pai biológico da adotanda e determinar juntada de documento relativo à manifestação de vontade, em consentimento à adoção, pela genitora da adotanda. Inconformismo da adotanda, maior de idade, e do adotante. Não provimento. Decisão mantida. 1. Correta a determinação para emenda da petição inicial, para fazer incluir, no polo passivo da demanda de adoção de pessoa maior de idade, o pai biológico. Ainda que possa se compreender pela desnecessidade de manifestação de consentimento do pai biológico, evidente que a demanda, se julgada procedente, gerará efeitos sobre a esfera jurídica do pai biológico. 2. Recurso desprovido. (TJSP – AC 13261383, 9ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 30/01/2020).

A adoção poderia ser feita por uma pessoa, um casal, ou duas ou mais pessoas que mantivessem entre si vínculos de fraternidade.

14.15. ADOÇÃO PÓSTUMA

A sentença de adoção possui **eficácia constitutiva** e seus efeitos começam a fluir a partir do **trânsito em julgado da sentença** (*ex nunc*), não produzindo efeito retroativo (ECA 47 § 7.º). Contudo, a lei abre exceção na hipótese do falecimento do adotante, no curso do processo: o efeito da sentença retroage à data do falecimento. Paulo Lôbo explica que o óbito faz cessar a personalidade e nenhum direito pode ser atribuído ao morto, sendo a retroatividade excepcional, no interesse do adotando.[83]

O deferimento da adoção depois do falecimento do adotante está condicionado à propositura da ação antes do óbito (ECA 42 § 6.º). A necessidade de que o **procedimento judicial** de adoção já tenha iniciado é relativizada pela jurisprudência. Basta que seja comprovada a inequívoca manifestação de vontade em adotar, antes do falecimento. Com a adoção é excluído do registro de nascimento o nome do genitor e inserido o adotante como pai.[84]

Adoção póstuma, no entanto, não pode ser confundida com **ação declaratória de filiação socioafetiva *post mortem*.**[85] A adoção dispõe de

83. Paulo Lôbo, Direito Civil: Famílias, 181.

84. Adoção de maior *post mortem*. Anuência dos herdeiros diretos. Vínculo comprovado. Possibilidade. Preceito do art. 42, § 6º, do ECA. Retificação do registro civil. 1 – É possível a adoção póstuma, nos moldes do art. 42, § 6º, da Lei Federal 8.069/90, quando esta expressar a inequívoca vontade do *de cujus*, que, em vida, manteve com o adotado relação afetiva, reconhecendo-o como se seu filho fosse, notadamente nos casos em que este encontra-se plenamente integrado ao núcleo familiar. 2 – O reconhecimento do vínculo é cabível tanto para fins pessoais, como a inserção do nome da adotante no registro civil, como para efeitos patrimoniais. (TJMG – AC 10000190648675001, Rel. Lailson Braga Baeta Neves, j. 11/08/0019).

85. Ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva *post mortem*. Vínculo socioafetivo configurado. 1. Na esteira da evolução do Direito de Família, a doutrina e jurisprudência reconhecem a possibilidade do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana e proteção à família. 2. Da análise dos elementos probatórios, restou demonstrado nos autos que os falecidos não apenas tratavam a autora publicamente como filha, como externavam a condição de pais e filha, sendo possível o reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva *post mortem*. 3. A genitora registral da autora declarou que esta foi adotada pelos *de cujus*, pais do requerido/apelante, e que o requerido/apelante nunca exerceu o papel de genitor. Informou, ainda, que

efeito constitutivo, enquanto na filiação socioafetivo é declarada a existência do vínculo parental pré-existente, ainda que não formalizado. Flagrada a existência da **posse do estado de filho é** declarada a paternidade. Ainda que conste do registro de nascimento o nome do pai registral, a declaração da filiação socioafetiva não impõe a exclusão da filiação biológica. É inserido o nome do outro genitor, a configurar uma **multiparentalidade**.

Sendo demandas distintas, os requisitos de uma não podem ser exigidos para a outra. Para o reconhecimento da filiação socioafetiva é necessária a prova da **posse de estado de filiação**, que é mais do que uma simples manifestação escrita feita pelo *de cujus*, porque o seu reconhecimento não está ligado a um único ato, mas a uma ampla gama de acontecimentos que se prolongam no tempo e que perfeitamente servem de sustentáculo para o deferimento da adoção.[86] Mesmo que a ação seja nominada como de adoção, possível aceitá-la como **ação de filiação**.[87]

---

não tinha conhecimento do registro de nascimento lavrado, em que constava como genitora da autora/apelada, o que corrobora ■ tese autoral de que o réu/apelante registrou ■ autora/apelada como filha de forma ardilosa, ■ fim de retirar-lhe ■ condição de filha dos falecidos. [...] Apelação cível conhecida e desprovida. (TJGO – AC 03552399520158090087, 6ª C. Cív., Rel. Sandra Regina Teodoro Reis, j. 03/04/2019).

86. Caio Augusto dos Santos ■ Cláudio José Bahia, Da possibilidade da adoção..., 488.

87. Ação de filiação proposta pelos avós paternos. Natureza da ação: adoção ou filiação socioafetiva. Possibilidade jurídica. Coisa julgada. Ação de filiação *post mortem*. Destituição do poder familiar. 1) Natureza desta ação (adoção ou filiação socioafetiva): ainda que a parte autora tenha nominado ■ ação de adoção, as situações fática e jurídica narradas amoldam-se à ação de reconhecimento de filiação socioafetiva e, como tal, deve ser tratada. 2) Possibilidade jurídica do reconhecimento de uma filiação avoenga: a vedação à adoção de descendente por ascendente prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente não se aplica aos casos de reconhecimento de filiação socioafetiva de avós. [...] 4) Ação de filiação *post mortem* de quem já era falecido ao tempo do ajuizamento da demanda: comprovado que o falecido avô por afinidade tinha o interesse em ter a neta como sua filha, ■ que assim ■ criou enquanto viveu, é possível ■ propositura de ação de filiação pela avó, por si, e também em nome do avô falecido. 5) A relação de filiação socioafetiva entre os autores e a neta: ficou demonstrado pelos laudos sociais e psicológico, bem assim pelas demais provas dos autos, que os avós paternos sempre desempenharam o papel de pai e mãe da neta, e que ela os vê como pais, não mantendo relação de afeto paternal ou maternal com os genitores. Logo, é de rigor a declaração dessa situação de fato já consolidada e que reflete a filiação socioafetiva construída entre neta e avós. 6) A destituição do poder familiar: demonstrado que os genitores nunca desempenharam adequadamente o poder familiar sobre a filha, que hoje está com dez anos de idade, ■ destituição do poder familiar materno ■ paterno é ■ medida cabível. Negaram provimento ao apelo dos réus e deram provimento ao apelo dos autores. (TJRS – AC 70081327611, 8ª C. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 28/05/2020).

14.16. OS CHAMADOS FILHOS DE "CRIAÇÃO"

A partir do momento em que foi instituído o princípio da proteção integral, a filiação não pode ser alvo de designações discriminatórias. A palavra "filho" não admite qualquer adjetivação. Está na hora de a pejorativa complementação "de criação" ser abolida. A identidade dos vínculos de filiação divorciou-se das verdades biológica, registral e jurídica. Sustenta Belmiro Welter que quem sempre foi chamado de "filho de criação", ou seja, aquela criança – normalmente carente – que passa a conviver no seio de uma família, ainda que sabendo da inexistência de vínculo biológico, merece desfrutar de todos os direitos atinentes à filiação.[88]

Ainda resiste a jurisprudência em admitir a quem foi criado como filho – daí filho "de criação" – que proponha ação **declaratória de paternidade socioafetiva.**

14.17. HABILITAÇÃO À ADOÇÃO

O procedimento de habilitação à adoção é de jurisdição voluntária.

A competência é da **Vara da Infância e da Juventude**, onde deve o candidato à adoção comparecer. Não é necessário estar acompanhado de **advogado.**

A petição inicial normalmente é um simples formulário, disponibilizado pela internet. É necessária a apresentação de uma série de documentos (ECA 197-A): comprovante de renda e de domicílio; atestado de sanidade física e mental; certidão de antecedentes criminais e negativa de distribuição cível. Na oportunidade, os candidatos devem indicar o **perfil** de quem aceitam adotar.

As pessoas casadas ou que vivem em união estável podem adotar em conjunto ou individualmente. Caso for o casal, ambos devem comparecer ao cartório. No entanto, se a habilitação é somente de um dos cônjuges ou companheiros, o outro deve manifestar sua concordância, que pode ser apresentada por escrito.

Os candidatos devem se submeter a **estudo psicossocial** (ECA 197-C). Bem como participarem de programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude, que inclui preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de grupos de irmãos, de crianças ou de adolescentes

---

88. Belmiro Pedro Welter, Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva, 132.

com deficiência, doenças crônicas ou necessidades específicas de saúde (ECA 197-C § 1.º).

Por mais contraditório que possa parecer, os candidatos devem ter contato com crianças e adolescentes institucionalizados (ECA 197-C § 2.º). No entanto, após a habilitação não podem frequentar abrigos, fazer trabalhos voluntários, se candidatarem aos programas de acolhimento familiar ou apadrinhamento.

O Ministério Público pode requerer a designação de **audiência** para a ouvida de habilitantes e de testemunhas (ECA 197-B II).

Deferida a habilitação, o postulante é inscrito no **Cadastro Nacional de Adoção** (ECA 50), cuja ordem cronológica é obedecida quase cegamente (ECA 197-E § 1.º).

O **prazo** para conclusão do procedimento é de 120 dias, prorrogável por igual período (ECA 197-F).

A habilitação deve ser **renovada** a cada três anos mediante avaliação de equipe interprofissional (ECA 197 § 2.º). Esse mesmo procedimento é o que basta quando o adotante se candidatar a **nova adoção** (ECA 197 § 3.º).

14.18. AÇÃO DE ADOÇÃO

A adoção de crianças e adolescentes (ECA 47) e de maiores de 18 anos de idade (CC 1.619) só pode ocorrer mediante **ação judicial**.

A **competência** para a adoção de crianças e adolescentes é dos **juizados da Infância e da Juventude** (ECA 148 III). A adoção de pessoas maiores de idade tramita nas **Varas das Famílias**.

Em ambos os casos a competência é a do juízo onde se encontra o adotando – **princípio do juízo imediato** –, critério que assegura prestação jurisdicional mais célere.

Como se trata de demanda de jurisdição voluntária, é admitida a conversão da ação de guarda para a ação de adoção.[89]

---

89. Ação de guarda e responsabilidade. Acolhimento do pedido de conversão da ação para adoção. Citação da mãe biológica da criança ainda não procedida por desconhecer-se seu paradeiro. Juntada de laudo psicológico a atestar a formação de forte vínculo afetivo e laços com os guardiões. Convivência familiar desde o segundo dia de vida da menor até os atuais cinco anos de idade. Primazia do princípio do melhor interesse do menor. Burla ao procedimento legal de adoção não demonstrada. Decisão mantida. 1. Examinando a controvérsia, não se verifica a alegada burla ao sistema de adoção pelos recorridos, nem ao menos a má-fé do casal que cuida da

É vedada a adoção **por procuração** (ECA 39 § 2.º), mas, no processo, os adotantes precisam estar representados por advogado.

Qualquer pessoa maior de 18 anos pode adotar (ECA 42). Sendo a **adoção individual**, não há qualquer impedimento a que permaneça no registro o nome de um dos pais biológicos. Mas a requerimento do adotante, é possível excluir o nome de ambos os genitores.

Para conceder a **adoção conjunta**, de modo pouco técnico, fala a lei em "casados civilmente" (ECA 42 § 2.º). Ora, quem não é legalmente casado, casado não é! Também é descabida a exigência da comprovação documental da união estável (ECA 197-A III). Para o reconhecimento da união, não é exigida prova escrita. Basta que a convivência seja pública, contínua e duradoura, e que haja o desejo de constituir família.

Na hipótese de os autores se **separarem** depois de iniciada a ação, podem ambos prosseguir com o processo. Caso um deles desista da adoção, nada impede que a demanda continue, com a concessão da adoção somente a favor de um dos pretendentes.

A adoção pode ser concedida aos **divorciados** e aos **ex-companheiros**, desde que o estágio de convivência tenha iniciado na constância da união e haja acordo sobre a guarda e o regime de visitas (ECA 42 § 4.º). Demonstrado o efetivo benefício ao adotando, é assegurada a **guarda compartilhada** (ECA 42 § 5.º).

Quando o adotando contar com mais de 12 anos, é indispensável colher sua manifestação de vontade (ECA 28 § 2.º). Antes dessa idade, deve ser ouvido por equipe interprofissional e, **sempre que possível**, a sua opinião ser devidamente considerada (ECA 28 § 1.º). Para resguardar o melhor interesse da criança, que tem direito de se manifestar, é importante sua ouvida, independentemente de sua idade, do domínio da linguagem

---

infante exercendo papel de pais e provedores. 2. Segundo o laudo que ampara a decisão que converteu o feito em ação de adoção, a criança encontra-se em boas condições, reconhecendo os recorridos como pais, constatando-se que estes zelam adequadamente daquela, tendo sido criado vínculo afetivo forte e duradouro apto a colaborar com o bom desenvolvimento social, afetivo e cognitivo da menor. 3. Com base, portanto, no princípio geral do melhor interesse do menor, não há óbice para a conversão da ação de guarda em adoção, principalmente pelo fato de que não houve citação da mãe biológica, por ter seu paradeiro desconhecido, bem como pelo amparo legal da medida, nos termos do inciso III do § 13 do artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Inexistindo ilegalidade, abusividade ou teratologia na decisão de primeiro grau, esta merece mantença. 5. Recurso conhecido e desprovido. (TJGO – AI 02929437720198090000, 3ª C. Cív., Rel. Gerson Santana Cintra, j. 22/08/2019).

falada e de seu grau de maturidade.[90] Mas sua escuta deve ser feita por meio de **Depoimento Especial**.[91] O procedimento foi regulamentado pelo CNJ, ao dispor sobre o sistema de garantia de direito das crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.[92]

É necessário o **estágio de convivência** (ECA 46), pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, havendo a possibilidade de o juiz dispensá-lo quando o adotando já estiver sob tutela ou guarda, por tempo suficiente para se avaliar a conveniência da constituição do vínculo (ECA 46 § 1.º).

A **guarda de fato** não autoriza a dispensa do estágio (ECA 46 § 2.º), que precisa ser acompanhado por equipe interprofissional, preferencialmente com apoio de técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, os quais devem apresentar relatório minucioso (ECA 46 § 4.º).

Salutar a exigência de o **tutor** e o **curador** prestarem contas da sua administração para adotar o pupilo ou o curatelado (ECA 44). Como o tutor e o curador têm a **obrigação de prestar contas** (obrigação que inexiste em se tratando dos pais), não exigir o adimplemento de tal encargo poderia dar margem à busca da adoção como subterfúgio para simplesmente serem dispensados do encargo: bastaria adotar o tutelado ou o curatelado.

A sentença concessiva da adoção dispõe de eficácia **constitutiva** e produz efeitos a partir do **trânsito em julgado**. Há uma exceção: quando ocorrer o **falecimento do adotante** no curso do processo de adoção, a sentença dispõe de **efeito retroativo** à data do óbito (ECA 47 § 7.º). A sentença é **averbada** no registro civil do adotado, mediante mandado judicial (LRP 102 3.º). Nas certidões não deve constar nenhuma observação sobre a origem do ato (ECA 47 § 4.º).

O prazo máximo para a conclusão da ação de adoção é de 120 dias, prorrogável uma vez por igual período (ECA 47 § 10), sob pena de **investigação disciplinar**. Provimento do CNJ delega à Corregedoria-Geral da Justiça instalar o procedimento sempre que o juiz tiver sob sua condução, a ação por mais de 12 meses.[93]

---

90. Gustavo Ferraz Mônaco e Maria Luiza Campos, O direito de audição de crianças e jovens..., 14.
91. Lei 13.431/2017.
92. CNJ – Resolução 299/2019.
93. CNJ – Provimento 36/2014.

14.19. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Este é o único procedimento que mereceu regulamentação (ECA 155 a 163). Ainda assim, de maneira equivocada.

Dispõe de **legitimidade** para a ação o Ministério Público ou quem tenha **legítimo interesse** (ECA 155). Pode ser identificado como **terceiro** o detentor da guarda de alguma criança ou adolescente e que deseja adotá-la, hipótese em que podem ser cumuladas ambas as ações: destituição do poder familiar e adoção.[94]

Promovida a ação de destituição pelo agente ministerial, o terceiro pode participar do processo como **assistente simples** (CPC 121).

A **Defensoria Pública** não dispõe de legitimidade para participar da ação como *custos vulnerabilis* nas demandas individuais. Sua atuação vinculada aos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos se limita aos processos coletivos.

Enviado ao Ministério Público o Relatório do PIA – **Plano Individual de Atendimento** (ECA 101 § 4.º), com a descrição pormenorizada das providências tomadas e o exaurimento das tentativas de reinserção na

---

94. Recurso especial. Ação de adoção c/c pedido de extinção do poder familiar. Magistrado singular que julgou procedentes os pedidos. Tribunal de origem que, de ofício, extinguiu a demanda por ilegitimidade ativa da autora. A controvérsia reside em saber se, nos termos do art. 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente, constitui requisito para o pedido de adoção cumulada com pedido de destituição do poder familiar que o interessado ostente algum laço familiar com o adotando. 1. O art. 155 do ECA estabelece hipótese de legitimação ativa concorrente para o procedimento de perda ou suspensão do poder familiar, atribuindo a iniciativa tanto ao Ministério Público como a quem tenha o legítimo interesse, esse caracterizado pela estreita relação/vínculo pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança ou adolescente. 2. O legislador não definiu quem teria, em tese, o "'legítimo interesse" para pleitear a medida, tampouco fixou requisitos estanques para a legitimação ativa, tratando-se de efetivo conceito jurídico indeterminado. A omissão, longe de ser considerada um esquecimento ou displicência, constitui uma consciente opção legislativa derivada do sistema normativo protetivo estatuído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem como baliza central os princípios do melhor interesse da criança e da proteção integral. Eventuais limitações e recrudescimento aos procedimentos de proteção e garantia de direitos previstos no ECA são evitados para abarcar, na prática, um maior número de hipóteses benéficas aos seus destinatários. 3. A existência de vínculo familiar ou de parentesco não constitui requisito para a legitimidade ativa do interessado na requisição da medida de perda ou suspensão do poder familiar, devendo a aferição do legítimo interesse ocorrer na análise do caso concreto, a fim de se perquirir acerca do vínculo pessoal do sujeito ativo com o menor em estado de vulnerabilidade. 4. Recurso especial parcialmente provido. (STJ – REsp 1.203.968/MG, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, j. 10/10/2019).

família natural ou extensa, possível que o agente ministerial determine a realização de estudos complementares.

Ou seja, o Ministério Público propõe a ação (ECA 101 § 9.º) quando reconhece a indispensabilidade de destituir os pais do poder familiar. No entanto, de um modo geral, não requer, a título de **antecipação de tutela**, que a criança ou o adolescente seja entregue à **guarda provisória** de quem está apto a adotá-lo. Fundamentos legais para o pedido de tutela de urgência não faltam: probabilidade de procedência da ação; perigo de dano pelo prolongado tempo de institucionalização, havendo o risco de o processo não alcançar resultado útil, qual seja, que não venha a acontecer a adoção (CPC 300).

Omisso o agente ministerial, a determinação de colocação em família adotiva deve ocorrer **de ofício**.[95] Até porque, a qualquer tempo pode o juiz, em face do relatório da equipe interdisciplinar, determinar a colocação em família substituta (ECA, art. 19, § 1.º). Com mais razão esta medida cabe ser tomada liminarmente, quando da propositura da ação de destituição do poder familiar. Nessa hipótese, porém, a lei determina que a criança ou o adolescente deve ser confiado a "**pessoa idônea**", mediante **termo de responsabilidade** (ECA, 157). Certamente melhor é a concessão da guarda provisória, a quem esteja habilitado à adoção.

De todo descabido que persista a odiosa prática de só conferir a guarda para fins de adoção após o **trânsito em julgado** da sentença de destituição do poder familiar.

Absolutamente descabido que, instruído o processo com relatório subscrito pelos técnicos da entidade, afirmando a impossibilidade de reintegração da criança ou do adolescente à família de origem, sejam realizados, em juízo, novos laudos ou perícias.[96] Mas é o que ocorre diuturnamente.

Com isso, a tramitação da ação se prolonga no tempo. Mesmo quando os genitores são revéis.[97] Na maioria das vezes, com desarrazoado recurso

95. FONAJUP – Enunciado 01: Poderá o magistrado, liminarmente, suspender o poder familiar e determinar a colocação em família substituta, devendo ser informado aos pretensos adotantes, expressamente, o caráter liminar das decisões.

96. FONAJUP – Enunciado 11: No recebimento da petição inicial da ação de perda do poder familiar, caso os estudos técnicos sejam recentes, o juiz poderá analisar a conveniência da realização de novos estudos, após a resposta do réu, na forma do artigo 157, parágrafo primeiro, do ECA.

97. FONAJUP – Enunciado 24: Aos processos de competência da Justiça da Infância e da Juventude protetiva, aplica-se o artigo 346 do Código de Processo Civil para o réu revel citado pessoalmente, que não tenha constituído patrono nos autos.

da Defensoria Pública. Afinal, comprovado nos autos que os genitores não têm como desempenhar os deveres inerentes ao poder familiar, impedir a destituição subtrai do filho o direito de ser adotado. Ele permanecerá institucionalizado até ser despejado para a vida, ao completar a maioridade.

Como há a garantia constitucional de convivência familiar, o recurso sequer deveria ser admitido por falta interesse recursal.

Ainda que o juízo de admissibilidade esteja a cargo do relator (CPC, art. 1.010, § 3.º), a apelação não dispõe de efeito suspensivo (ECA, art. 199-B).

Como a previsão é de lei especial, o recurso é sujeito à reconsideração do juiz (ECA, art. 198, VII).

A ação de perda ou de suspensão do poder familiar precisa estar concluída no prazo máximo de 120 dias (ECA 163). Como não há qualquer sansão, claro que os prazos nunca são atendidos.

14.12. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ASCENDÊNCIA GENÉTICA

Admite o ECA a possibilidade de o adotado, a partir dos 18 anos, investigar – ou melhor, ver declarada – sua origem biológica, bem como obter acesso irrestrito ao processo de adoção (ECA 48). Por isso, o processo deve ficar arquivado, garantida sua conservação (ECA 47 § 8.º). Antes dessa idade, o adotado precisa receber assistência jurídica e psicológica para promover a busca (ECA 48 parágrafo único).

Como a adoção é **irrevogável** (ECA 39 § 1.º), a declaração sobre paternidade biológica não gera efeitos registrais. Não há alteração do nome nem a substituição do nome dos pais. Via de consequência, o filho não tem direito a usufruir de benefícios de caráter econômico.

De qualquer forma, seja para satisfazer mera curiosidade, seja em respeito ao direito de conhecer a origem biológica, ou mesmo para efeitos médicos, é indispensável admitir a declaração da paternidade genética sem desconstituir a filiação gerada pela adoção.

No entanto, reconhecida a **multiparentalidade**, estabelecida a dupla filiação: paternidade biológica e adotiva, figuram ambos os genitores no assento de nascimento do filho, com reflexos de caráter existencial e econômico.

14.21. PARTO ANÔNIMO

Ainda que o planejamento familiar seja assegurado constitucionalmente e existam – ou deveriam existir – políticas públicas que garantam

acesso aos meios contraceptivos, o fato é que a gravidez precoce ou indesejada é uma realidade. A solução acaba sendo o **aborto**. Como ainda é prática considerada criminosa, a interrupção da gestação é realizada de forma clandestina, o que coloca a vida da gestante em risco. Outra forma de livrar-se do filho não planejado é abandoná-lo, quando do nascimento, em qualquer lugar. Assim, com uma frequência assustadora, recém-nascidos são encontrados em lixões, rios e praças públicas. Na maioria das vezes, já mortos. Só ganham o noticiário quando são achados com vida.

Uma saída: o parto anônimo. A expressão é recente, mas tem origem em prática da Idade Média, historicamente chamada de "roda dos expostos" ou "roda dos enjeitados". O nome identifica os artefatos que eram colocados nas portas ou janelas dos hospitais, casas de misericórdia ou orfanatos, onde eram depositados os recém-nascidos. Acionado o mecanismo giratório, as crianças chegavam ao interior do estabelecimento. Curiosamente, como lembra Fabíola Lôbo, a roda dos expostos apresentou-se como a primeira iniciativa pública de atendimento à criança, vez que histórias de abandono, desde os mais longínquos tempos, sempre fizeram parte da realidade social mundial.[98]

Essa prática existe em vários países. Há hospitais que dispõem de espaços externos que permitem que crianças lá sejam colocadas em anonimato. Tal, no entanto, não afronta o direito de conhecer a ascendência genética, uma vez que seus dados ficam registrados na maternidade.

Dita possibilidade sempre foi alvo de muitas críticas. Há quem a considere uma solução simplista e ingênua, inadequada e anacrônica sob o ponto de vista psicológico, para uma questão complexa como o abandono materno e paterno.[99] No entanto, como refere Rodrigo da Cunha Pereira, a lei não resolveria a questão do abandono. Não. Claro que não. Mas, certamente, poderia diminuir as formas trágicas do abandono.[100]

O ECA garante à mãe o **direito ao sigilo** no ato de entrega do filho à adoção (ECA), mas o filho tem o direito de conhecer sua ascendência genética (ECA 48). A forma de compatibilizar esta dupla garantia é proceder ao registro do filho com os dados constantes da Declaração de Nascido Vivo (DNV).[101]

---

98. Fabíola Lôbo, O instituto do parto anônimo..., 139.

99. Ivone Coelho de Souza e Maria Regina Fay de Azambuja, Parto anônimo..., 65.

100. Rodrigo da Cunha Pereira, O parto anônimo no direito brasileiro, 191.

101. FONAJUP – Enunciado 14: A Lei 13.509/2017 não instituiu o denominado "parto anônimo", e sim o direito ao sigilo quanto à entrega à adoção, manifestado em

A tentativa de diminuir a clandestinidade dos abortos e evitar o abandono de bebês levou o IBDFAM a apresentar projeto de lei para instituir o parto anônimo. Mas o tema gerou tanta polêmica que foi arquivado.

14.22. A CRUEL REALIDADE

Claro que ninguém questiona que o ideal é crianças e adolescentes crescerem junto a quem os trouxe ao mundo. Mas é chegada a hora de acabar com a visão romanticamente idealizada da família. O filho não é um objeto de propriedade da família biológica. Quando a convivência com a família se revela impossível ou é desaconselhada – os pais não o desejam ou não podem tê-lo consigo –, melhor atende ao seu interesse ser entregue aos cuidados de quem sonha ter um filho.

A celeridade desse processo é o que garante a **convivência familiar**, direito preservado constitucionalmente com **absoluta prioridade** (CR 227). Para esse fim – e infelizmente – não se presta a legislação nem todos os esforços do Conselho Federal de Justiça, que nada mais faz do que burocratizar e emperrar o direito à adoção de quem teve a desdita de não viver no seio de sua família natural. Práticas como audiências concentradas não surtem qualquer efeito. O próprio Fórum Nacional da Justiça Protetiva sugere sua dispensa.[102]

São tais as dificuldades para disponibilizar crianças à adoção que, quando finalmente isso acontece, muitas vezes ninguém mais as quer. Os candidatos a adotá-las perderam a chance de compartilhar da primeira infância do filho que esperaram durante anos na fila da adoção. É tão perverso o cerco para impedir o acesso a crianças abrigadas que os integrantes do cadastro de adotantes não são admitidos para realizar sequer trabalho voluntário.

São impostos enormes e intransponíveis obstáculos para que a mãe não abra mão daquela criança que gestou sem a querer. Precisa procurar o Juizado da Infância e Juventude, onde recebe da equipe interprofissional orientações e esclarecimentos sobre a irrevogabilidade da adoção. Depois

---

audiência, na forma prevista no artigo 166 do ECA, hipótese em que o registro civil da criança será lavrado com os dados constantes da Declaração de Nascido Vivo, respeitado assim o direito previsto no artigo 48 do ECA.

102. FONAJUP – Enunciado 09: Não é necessária a realização de audiência concentrada trimestral, desde que a reavaliação prevista no art. 19, § 1º, do ECA seja feita por decisão judicial precedida de relatório técnico, após manifestação das partes, se houver, e do Ministério Público.

de expedido um laudo, é realizada audiência em que o juiz e o promotor tudo fazem para a mãe permanecer com o filho. No entanto, há que prevalecer o melhor interesse da criança, conforme entendimento consolidado no STF[103] e enunciado do IBDFAM.[104]

Seguindo a peregrinação, é dada preferência à família extensa ou ampliada. Pelo conceito legal, são os parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e **mantém vínculos de afinidade e afetividade** (ECA 25 parágrafo único). No entanto, são feitas demoradas buscas de parentes que nem conhecem a criança. Só após incessantes e infrutíferas tentativas é que tem início o processo de destituição do poder familiar. Mais um laudo psicossocial é realizado na tentativa de manter o filho com a mãe. Inclusive a Defensoria Pública é orientada a recorrer sempre, até quando os genitores são revéis. Algo absolutamente desarrazoado.[105]

Superadas todas essas etapas é que, finalmente, a criança é incluída no cadastro nacional, para ser confrontado com o cadastro dos adotantes.

Parte-se então à busca de um adotante, o qual para se candidatar à adoção, precisa submeter-se a um verdadeiro "rali", que chega a durar mais de ano. Depois de inscrito no cadastro, o candidato à adoção aguarda anos até ser convocado. Sequer se adota a prática de **busca ativa**. Ainda assim, os candidatos não têm chance de conhecer, sequer ver uma foto ou um

103. STF – Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

104. IBDFAM – Enunciado 5: Na adoção, o princípio do superior interesse da criança e do adolescente deve prevalecer sobre a família extensa.

105. Agravo em recurso especial. É induvidoso que o caso dos autos evidencia típica hipótese de destituição do poder familiar, uma vez descumpridos, pelos genitores, todos os deveres que emanam do princípio da paternidade ou maternidade responsável, de assistir, criar, educar os filhos, garantindo-lhes integridade física, psíquica e moral. A despeito de ter constado expressamente no mandado de citação a advertência sobre a consequência da não apresentação da contestação, os efeitos da revelia não foram decretados em razão de a ação ter por objeto a destituição do poder familiar, direito indisponível ao qual se aplica a regra do art. 320, inc. II, do CPC/1973. 2. As instâncias de origem, após esmiuçar as provas dos autos, inclusive os diversos laudos elaborados por profissionais das áreas de psicologia e assistência social, constarem que os genitores do menor ou qualquer outro membro da família não apresentaram as mínimas condições morais e psicológicas exigidas para criação e educação do menor, motivo pelo qual acolheram o pedido do Ministério Público de destituição do poder familiar. (STJ – AREsp 1.588.767/MS (2019/0282773-3) (Dec. monocrática), Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 18/02/2020).

vídeo das crianças que podem adotar. A escolha é feita pelos técnicos e acaba acontecendo o que se chama de um encontro às escuras.

É indispensável assegurar a todos os candidatos à adoção o direito de visitar os estabelecimentos em que elas se encontram abrigadas, e isso em qualquer lugar do país. Surgindo o interesse em alguma criança, mesmo que não esteja ela disponível à adoção, pode ser-lhe entregue, como família substituta.

Disponibilizar **foto e vídeo** das crianças abrigadas na rede nacional dos candidatos cadastrados à adoção é uma bela saída. A exibição de imagens não afronta nenhum direito, pois há um bem maior em jogo, que é dar-lhes a chance de ter um lar. Há grande chance de o candidato escolher criança que se afaste do perfil que havia indicado, como grupo de irmãos, crianças maiores, com algum tipo de doença ou deficiência ou não brancas. Ora, essas crianças só têm alguma chance de serem adotadas se alguém as conhecer, se encantar com elas. Caso contrário, vão permanecer abrigadas até serem despejadas aos 18 anos de idade. Em face dos enormes percalços impostos à adoção, quem deseja ter filhos, em vez de se sujeitar a anos de espera, está fazendo uso das modernas técnicas de **reprodução assistida**. Essa é a solução que vem sendo adotada por quem tem o sonho de formar uma família. Simplesmente está gestando os filhos. Apesar de ser uma prática legítima, tem um efeito assustador. Impede que as crianças à espera da adoção tenham a chance de conseguir uma família. Quem sabe a única possibilidade que teriam de sobreviver.

Pelo jeito, o Estado tem esquecido do seu dever de cumprir o preceito constitucional de dar proteção especial, com absoluta prioridade, a crianças, adolescentes e jovens. Quando a genitora não tem condições de manter o filho em sua companhia, seu desejo é entregá-lo à adoção. Não quer que sejam convocados os parentes para atribuir-lhes a guarda. Aliás, houvesse tal intenção ou possibilidade, a mãe não a teria entregado à Justiça. Muito menos, ela quer que o filho fique depositado em um abrigo por um prazo indefinido. Seu sonho é que ele viva em uma família, tenha o lar que ela não conseguiu lhe garantir.

O fato é que como as coisas estão não podem continuar. Está na hora de mudar essa realidade. É urgente encontrar um meio de reduzir o tempo de espera por um filho e o tempo de crianças e adolescentes que anseiam por um lar. É necessário eliminar os berçários dos abrigos, os quais devem se tornar simples casas de passagem, e não depósitos permanentes de crianças.

LEITURA COMPLEMENTAR

CAMARADELLA, Mylena Rios; PÁDUA, Vanessa de. Aspectos jurídicos do parto anônimo. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez. p. 87-110.

GOZZO, Débora. O direito fundamental à intimidade x o direito fundamental à identidade genética. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das Famílias*: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 423-441.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

LÔBO, Fabíola. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 139-155.

MOTA, Larissa Nunes. *Adoção multiparental no direito brasileiro*: fundamentações e efeitos jurídicos. Goiânia: Gráfica UFG, 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva. Adoção. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 377-423.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

SEABRA, Gustavo Cives. *Manual de Direito da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

15

PROTEÇÃO DOS FILHOS

Sumário: 15.1. Visão histórica – **15.2.** Tentativa conceitual – **15.3.** Convivência familiar – **15.4.** Guarda unilateral – **15.5.** Convivência compartilhada: **15.5.1.** Igualdade parental; **15.5.2.** Base de moradia – **15.6.** Direito de convivência – **15.7.** Estatuto da Criança e do Adolescente – **15.8.** Competência – **15.9.** Ação de estabelecimento do regime de convivência – **15.10.** Execução do regime de convivência – **15.11.** Busca e apreensão – **15.12.** Autorização de viagem – **15.13.** Dano afetivo – **15.14.** Alienação parental: **15.14.1** Abuso sexual; **15.14.2** Aspectos legais – **15.15.** Animais de estimação – Leitura complementar.

Referências legais: Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto 99.710/1990; Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, promulgada pelo Decreto 3.413/2000; CC 1.583 a 1.590; CPC 26 a 41, 178 I, 693 a 699, 189 II; Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) 33 a 35 e 249; Lei 6.515/1077 (Lei do Divórcio - LD); Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) 12 VII; Lei 12.127/2009 (Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Desaparecidos); Lei 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental); Lei 12.962/2014; Lei 13.058/2014; Lei 13.431/2017 4ª b); Lei 13.440/2017; Lei 13.441/2017; Lei 13.812/2019 Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas); Dec. 9.603/2018; CNJ – Resoluções 131/2011, 295/2010 e, 299/2019 e Provimento 103/2020.

15.1. VISÃO HISTÓRICA

Os filhos sempre estiveram sob os cuidados da mãe, pelo absoluto despreparo dos homens para as atividades de maternagem. Afinal, nunca puderam brincar com bonecas. Foram educados para serem os provedores

da família. Já as mulheres eram adestradas para as atividades domésticas, sentindo-se proprietárias exclusivas dos filhos.

O **Código Civil de 1916**, com claro viés punitivo, determinava que, em caso de **desquite**, os filhos menores ficavam com o cônjuge **inocente**.

A **Lei do Divórcio** aplicava a mesma punição ao **cônjuge culpado** (LD 10), mas o juiz tinha a faculdade de decidir diversamente (LD 13).

Foi a **Constituição da República** que consagrou o princípio da igualdade e assegurou ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CR226 § 5.º), provocando reflexos significativos no **poder familiar**. O **Estatuto da Criança e do Adolescente**, ao dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformou-os em **sujeitos de direito**.

O **Código Civil** olvidou-se de incorporar o princípio do melhor interesse ditado pelo ECA. Sob o título de **proteção da pessoa dos filhos**, estabelecia algumas diretrizes com referência à **guarda unipessoal** e singelo regime de visitas.

Mas os tempos mudaram. Com o ingresso das mulheres no mercado de trabalho e nas esferas de poder, maridos e companheiros foram convocados a participar mais da vida dos filhos. Acabaram descobrindo as delícias da paternidade e, quando da separação do casal, passaram a reivindicar maior convívio com a prole. Esta postura encontrou enormes resistências, em face do ranço cultural de que os filhos ficavam com a mãe e ao pai cabia tão só pagar alimentos e visitá-los quinzenalmente.

O fato é que os homens se uniram em número significativo de associações e organizações não governamentais. A primeira conquista ocorreu em 2008, com a alteração do Código Civil, instituindo a **guarda compartilhada** (Lei 11.698/2008). Além de definir o que é guarda unilateral e guarda compartilhada (CC 1.583, § 1.º), a Lei sinalizou preferência ao compartilhamento (CC 1.584, § 2.º). Mas o uso da expressão **"sempre que possível"** deu margem a uma equivocada interpretação por parte da jurisprudência. De forma quase unânime, juízes passaram a não conceder a guarda compartilhada, se presente desentendimentos entre os genitores. E claro que esta é a realidade de todos os que acabam buscando a Justiça.

Depois surgiu a **Lei da Alienação Parental** (Lei 12.318/2010), que, por duas vezes, diz ser a guarda compartilhada prioritária (6.º V e 7.º). Também o **ECA** (42, § 5.º) assegura a guarda compartilhada na hipótese de a adoção ser concedida quando os candidatos já estejam separados.

Diante da pouca ou quase nenhuma eficácia da alteração levada a efeito, a chamada **Lei da Igualdade Parental** (Lei 13.058/2014) determina o compartilhamento de **forma equilibrada**, mesmo quando não existir acordo entre os pais. O juiz tem o dever de informar aos pais o seu significado. E, não havendo acordo entre eles, será estabelecida a guarda compartilhada.

Em boa hora veio a normatização que assegura a ambos os genitores a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar (CC 1.583 § 1.º) e a imposição da guarda compartilhada com a divisão do tempo de convívio de forma equilibrada entre os pais (CC 1.583 § 2.º). Ambos os pais persistem com todo o complexo de deveres que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de **multa** se agirem dolosa ou culposamente (ECA 249).

A lei impõe a igualdade parental ao priorizar a **guarda compartilhada.**

15.2. TENTATIVA CONCEITUAL

Quando existem filhos, a dissolução dos vínculos afetivos dos pais não se resolve simplesmente indo um para cada lado. O fim da conjugalidade não restringe nem os direitos, nem os deveres de ambos com relação à prole. O rompimento do casamento ou da união estável dos genitores não pode comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos. O exercício do **poder familiar** em nada é afetado. O estado de família é indisponível.[1]

A unidade familiar persiste mesmo depois da separação de seus componentes, é um elo que se perpetua.[2] Deixando os pais de viver sob o mesmo teto, ainda que haja situação de conflito entre eles, é necessário definir a divisão do tempo de convívio com os filhos de forma equilibrada (CC 1.583 § 2.º). Mesmo no divórcio e na dissolução da união estável consensual, é indispensável que conste o que foi acordado com relação à guarda e à visitação (CPC 731 II).

A "**posse do filho**" não decorre da simples presença física no domicílio de um dos pais. O fato de o filho residir com um não significa que o outro "**perdeu ■ guarda**", expressão, aliás, de nítido conteúdo punitivo. A palavra **guarda** significa verdadeira **coisificação** do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto do que de **sujeito de direito**. A carga semântica da palavra

1. José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José Ferreira, Curso de Direito de Família, 34.
2. Fabíola Lôbo, Poder familiar nas famílias recompostas..., 171.

guarda também demonstra ambivalência, indicando um sentido de guarda como ato de vigilância, sentinela, que mais se afeiçoa ao olho unilateral do dono de uma coisa guardada, noção inadequada a uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca na educação e formação da personalidade do filho.[3]

Conforme observa Rodrigo da Cunha Pereira, as palavras têm força e poder e veiculam, além de um significado, também um significante, que é a representação psíquica do som, tal como os sentidos o percebem. Guarda de filho é uma expressão que tende a acabar. É que traz consigo um significante que está mais para objeto do que para sujeito; mais para posse e propriedade do que cuidado com os filhos.[4] Atualmente, de modo muito mais adequado, fala-se em **convivência familiar**.

Quanto mais conflituado o relacionamento dos genitores, mais minuciosamente deve ser regulamentado o regime de convivência, estabelecendo-se dias e horários de forma bastante rígida. Esse é o único jeito de não deixar um genitor à mercê do poder do outro, só tendo acesso ao filho quando o outro "deixa".

Os filhos não podem se sentir objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos genitores, nem sofrer as consequências desse desenlace.[5] Lembra a psicologia que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação. Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo profundo sentimento de solidão, como se estivessem sozinhos no mundo. A participação de outras disciplinas de natureza **psicossocial** nas demandas envolvendo crianças e adolescentes acabou por despertar a atenção do Estado sobre a necessidade de sua interferência mais efetiva para garantir-lhes a especial proteção assegurada constitucionalmente.

15.3. CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O Código Civil cuida da guarda dos filhos em oportunidades distintas. Quando trata do **reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento** (CC 1.611 e 1.612), não dá a mínima atenção para a **doutrina da proteção integral** consagrada pela Constituição. E nem para tudo o que o ECA dita sobre o **melhor interesse de crianças e adolescentes.** Há no que diz com a **proteção dos filhos** (CC 1.583 a 1.590) sucessivas leis, de forma didática, definem o que é guarda unilateral e compartilhada, impondo o

3. Gustavo Tepedino, A disciplina da guarda e a autoridade parental..., 309.
4. Rodrigo da Cunha Pereira, Guarda compartilhada – vantagens e desvantagens, 349.
5. Lenita Pacheco Lemos Duarte, A guarda dos filhos na família em litígio:..., 202.

compartilhamento mesmo contra a vontade dos genitores e eventual estado de beligerância entre eles (CC 1.584 § 2.º).

Com o rompimento da convivência dos pais, há a **fragmentação** de um dos componentes da autoridade parental, mas ambos continuam detentores do **poder familiar**. A guarda dos filhos é implicitamente conjunta, apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais.[6] Também quando o filho for reconhecido por **ambos os pais**, não residindo eles sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decide atendendo ao seu melhor interesse (CC 1.612).

O **critério** norteador na definição da **residência** do filho é a **vontade dos pais**. Como também a **visitação** pelo genitor que não detém a guarda, prevalece o que for acordado entre eles (CC 1.589). Ainda que se deva respeitar a deliberação dos genitores, é preciso atentar para o momento de absoluta **fragilidade emocional** em que eles se encontram quando da separação. Daí a recomendação ao juiz para que mostre as vantagens da guarda compartilhada (CC 1.583 § 1.º).

Mesmo que a definição do regime de convívio esteja a cargo dos pais, é necessária a **homologação judicial**, que só ocorre após a **chancela** do Ministério Público.

Na ação de divórcio, é indispensável que tais questões fiquem definidas, não só quando se trata de divórcio consensual (CPC 731 II). Nas demandas litigiosas, com muito mais razão. Reconhecendo o juiz que o acordado pelos pais não atende aos interesses dos filhos, pode determinar a guarda compartilhada.

A faculdade atribuída ao juiz de **não homologar** a separação (CC 1.574 parágrafo único) não se aplica ao divórcio. A única possibilidade é não homologar o que foi deliberado sobre os filhos.

A definição de quem irá permanecer com a guarda dos filhos não fica exclusivamente na esfera da **família natural** (ECA 25): a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Pode ser deferida a **outra pessoa**, havendo preferência por membro da **família extensa** (ECA 25 parágrafo único): aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de **afinidade e afetividade**. Ou seja, a alguém que revele compatibilidade com a natureza da medida (CC 1.584 § 5.º).

---

6. Paulo Lôbo, Direito Civil: Famílias, 120.

15.4. GUARDA UNILATERAL

A cessação do vínculo de convivência dos pais não altera as relações deles com os filhos (CC 1.632). A lei define guarda unilateral (CC 1.583 § 1.º): *é a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.* A guarda exclusiva a um dos genitores decorre: do consenso de ambos (CC 1.584 I) ou quando um deles declarar ao juiz que não deseja a guarda compartilhada (CC 1.584 § 2.º).[7]

Claramente a preferência é pela **guarda compartilhada**. Tanto é assim que, na audiência, o juiz tem o dever de informar aos pais o significado e a importância desta modalidade de convivência (CC 1.584 § 1.º). E, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, é aplicada a guarda compartilhada (CC 1.584 § 2.º).

Ainda que a guarda seja unilateral, compete a ambos o pleno exercício do **poder familiar**. O não guardião pode ter os filhos em sua **companhia** em períodos estabelecidos por consenso ou fixados pelo juiz. E concorrente e paralelamente com o guardião, o não guardião tem legitimidade para representar o filho em ações judiciais, proibir ou autorizar a participação em espetáculos públicos, em novelas, em peças de teatro, ou a divulgação de sua imagem, representar perante a autoridade criminal nos crimes de ação penal pública condicionados à representação, oferecer queixa nos crimes de ação penal privada, não autorizar casamento ou viagens do infante para o exterior (sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário para o suprimento da autorização), discordar de pedido de adoção de sua prole etc., na forma do art. 1.634 do Código Civil.[8]

Igualmente tem ele o dever de supervisionar os interesses dos filhos. Para isso, tem **legitimidade** para solicitar **informações** e até **prestação de**

7. Guarda unilateral. Concessão ao genitor. Proteção integral. Melhor interesse da criança. Possibilidade. 1. Embora a guarda compartilhada figure como regra prevalecente no ordenamento jurídico pátrio desde a edição da Lei 13.058/14, que alterou os artigos 1.583 e seguintes do Código Civil, sua fixação deverá nortear-se pelo princípio do melhor interesse da criança. 2. A prova colhida nos autos denota que a apelante apresenta comportamento inconstante e desregrado, destacando-se episódios de alcoolismo e de negligência para com a filha menor. 3. A estrutura familiar do genitor oferece à criança melhores condições psíquicas e materiais de pleno desenvolvimento, justificando, assim, a concessão de guarda unilateral. 4. Apelação conhecida e não provida. (TJDF – AC 0701752-94.2019.8.07.0012, 2ª T. Cív., Rel. Humberto Ulhôa, j. 29/07/2020).

8. Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos. Poder familiar e guarda compartilhada, 108.

contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica, bem como a educação deles (CC 1.583 § 5.º).

É atribuição dos dois pais o dever de dirigir a criação e a educação dos filhos (CC 1.634 I), tendo ambos o dever de **fiscalizar sua manutenção e educação** (CC 1.589). Tanto isso é verdade que, mesmo ao genitor que não convive com o filho, a escola tem o dever de informar sobre a **frequência e o rendimento do aluno**, além da execução da proposta pedagógica da escola.[9] Qualquer estabelecimento público ou privado tem esta obrigação, sob pena de **multa** de R$ 200,00 a R$ 500,00 por dia (CC 1.584 § 6.º).

Buscada a **fixação liminar** de guarda, seja na ação que for, divórcio, dissolução de união estável, medida cautelar de separação de corpos ou em outra sede, preferencialmente deve o juiz decidir após a oitiva dos genitores, salvo se a proteção aos interesses dos filhos recomendar o contrário (CC 1.585).[10] Também devem ser evitadas ao máximo reiteradas alterações da guarda, até decisão definitiva.

Quando o filho é **reconhecido** somente por um dos pais – geralmente a mãe –, é claro que fica sob a guarda de quem o reconheceu (CC 1.612). Aliás, nem poderia ser diferente. Registrado no nome de um dos genitores constitui uma **família monoparental**. E, se quem promoveu o reconhecimento for casado, o filho não pode residir no **lar conjugal** se não houver o consentimento do seu cônjuge (CC 1.611). A norma, além de **inconstitucional**, é para lá de **discriminatória**. Como a Constituição da República (227) assegura, com prioridade absoluta, a convivência familiar, nada justifica a necessidade da concordância do cônjuge para o filho residir na companhia de seu genitor. Deve prevalecer o **melhor interesse da criança**, sendo totalmente descabido que a guarda seja atribuída a quem o reconheceu.

A guarda unilateral, sem dúvida, afasta o laço de paternidade da criança com não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que

---

9. Lei 9.394/1996 2 VII.

10. Ação de modificação de guarda com pedido liminar. Requisitos do art. 300 do CPC. Ausentes. Decisão mantida. I. Nos termos do art. 300, do Código de Processo Civil, para que a tutela provisória de urgência seja concedida é necessária a presença concomitante de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco de resultado útil do processo. II. *In casu*, inexistindo a probabilidade do direito invocado, já que não logrou comprovar de plano o fumus boni iuris, o indeferimento da tutela provisória é medida que se impõe. Recurso conhecido e improvido. (TJGO – AI 02678054520188090000, 1ª C. Civ., Rel. Mauricio Porfirio Rosa, j. 18/03/2019).

nem sempre esse dia é um bom dia – isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.[11]

Maria Antonieta Pisano Motta afirma que a prática tem mostrado, com frequência indesejável, ser a guarda única propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. Na verdade, apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não guardião, que tende a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos.[12]

O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba se refletindo nos próprios filhos, que, muitas vezes, são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum. Daí ter a lei determinado prioritariamente a adoção da guarda compartilhada.

15.5. CONVIVÊNCIA COMPARTILHADA

Quando do rompimento do convívio dos pais, acaba ocorrendo uma **redefinição** das funções parentais, que resulta em uma divisão dos encargos. O dinamismo das relações familiares, com o maior comprometimento de ambos no cuidado com os filhos, fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com cada um deles. Por isso, no dizer de Maria Antonieta Pisano Motta, compartilhar a guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.[13] É a modalidade de convivência que garante, de forma efetiva, a **corresponsabilidade parental**, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação dos dois na formação e educação do filho, do que a simples visitação não dá espaço.

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse dos filhos.[14] Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva à **pluralização das responsabilidades**, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. Indispensável manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos, conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A

11. Claudete Carvalho Canezin, Da guarda compartilhada..., 24.
12. Maria Antonieta Pisano Motta, Compartilhando a guarda..., 599.
13. Idem, 596.
14. Sílvio Neves Baptista, Guarda compartilhada, 35.

finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual.[15] Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.[16]

Compartilhar a guarda de um filho diz muito mais com a garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere. A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma **postura**, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual **pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade** e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer.[17]

Mesmo antes de inserido na legislação, o modelo compartilhado não era proibido, sendo amplamente aplaudido pela doutrina e admitido por alguns juízes. Agora a guarda compartilhada está definida na lei: responsabilização e exercício conjunto de direitos e deveres concernentes ao poder familiar (CC 1.583 § 1.º). Sua aplicabilidade exige dos pais um desarmamento total, a superação de mágoas e frustrações. E, se os ressentimentos persistem, nem por isso deve-se abrir mão da modalidade de convívio que melhor atende ao interesse dos filhos.

Somente quando ambos os pais se manifestam expressamente pela **guarda unilateral** o juiz não pode impor o compartilhamento. No entanto, caso um dos genitores não aceite a guarda unilateral, deve ser determinada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, a guarda compartilhada, se esta for a orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar (CC 1.584 § 2.º).

A preferência legal é pelo compartilhamento. O modelo de corresponsabilidade é um avanço. Retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais. A regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não fica mais à mercê de acordos firmados entre os pais. Pode ser imposta pelo juiz, independentemente da concordância dos genitores.[18]

---

15. Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais, 287.
16. Denise Duarte Bruno, Direito de visita: direito de convivência, 319.
17. Maria Antonieta Pisano Motta, Compartilhando a guarda..., 597.
18. Recurso especial. Guarda compartilhada. Consenso. Desnecessidade. Melhor interesse do menor. Implementação. Impossibilidade. [...] 1. A implementação da guar-

A guarda compartilhada se aplica a qualquer modelo de família.[19] Pode ser fixada por **consenso** (CC 1.584 I) ou via determinação **judicial**, quando ambos forem aptos a exercer o poder familiar (CC 1.584 II). Caso não adotada a forma compartilhada no divórcio ou na dissolução da união estável, é possível ser buscada por um dos pais em ação autônoma (CC 1.584 I). Mesmo que tenha sido definida judicialmente a guarda unilateral, qualquer dos pais tem o direito de pleitear a alteração para guarda compartilhada.

Como existe a possibilidade de crianças e adolescentes estarem sob a guarda de pessoas outras que não os genitores – o que ocorre de forma bastante frequente com relação aos avós –, nada impede que seja estabelecida a guarda compartilhada entre avós e genitores,[20] ou entre estes e algum outro parente.

O regime de compartilhamento não se reflete na **obrigação alimentar.** Como as despesas do filho devem ser divididas entre ambos os pais, nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas.

Há uma modalidade de guarda compartilhada que, além da perfeita harmonia entre os genitores, exige certo padrão econômico. É a que se chama de **aninhamento ou nidação**. O filho permanece na residência e são os genitores que se revezam, mudando-se periodicamente cada um deles para a casa em que o filho permanece. Só que, nesta hipótese, há necessidade da mantença de três residências.

15.5.1. Igualdade parental

Muitas foram as alterações no Código Civil que regulamentaram a guarda compartilhada. Até ser explicitado (CC 1.584 § 2.º): *o tempo de*

---

da compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores. 2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada diante do princípio do melhor interesse do menor. [...] 4. Recurso especial não provido. (STJ – REsp 1.707.499/DF (2017/0282016-9), 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 09/04/2019).

19. JCJF – Enunciado 518: A Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, não se restringe à guarda unilateral e à guarda compartilhada, podendo ser adotada aquela mais adequada à situação do filho, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A regra aplica-se a qualquer modelo de família.

20. Ação de guarda. Guarda compartilhada entre a mãe e a avó materna. Cabimento. Principal interesse das menores. Recurso desprovido. (TJRS – AI 70080524911, 7ª C. Cív., Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 20/03/2019).

convívio com os filhos deve ser dividido ***de forma equilibrada*** *com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos*

A expressão "**divisão equilibrada do tempo**" tem gerado muitos questionamentos, sobre o limite e extensão deste equilíbrio. Giselle Groeninga afirma existir uma confusão quanto ao seu significado. Diz ser importante que esta se dê sempre tendo em vista as condições e interesses que variam em cada fase do desenvolvimento dos filhos, como também de acordo com as possibilidades dos pais, levando-se em conta o exercício diferenciado das funções parentais.[21]

Apesar da celeuma que se instalou, principalmente entre os profissionais da área psicossocial, não houve a consagração da **guarda alternada**: modalidade de guarda **unilateral e monoparental**, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, por período predeterminado, anual, semestral, mensal ou semanal. Esta possibilidade não se encontra disciplinada na legislação brasileira e não se confunde com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens.[22] No mesmo sentido, enunciado das Jornadas do Conselho da Justiça Federal.[23]

Como explicita Mário Delgado, "guarda alternada" e "residência alternada" são situações completamente distintas, não obstante a "guarda alternada" sempre pressuponha a alternância de residências. A expressão "residência alternada" tem sido utilizada para caracterizar um regime de

21. Giselle Groeninga. Guarda compartilhada e relacionamento familiar:...
22. Angela Gimenez, A guarda compartilhada e a igualdade parental.
23. JCJF – Enunciado 603: A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2.º do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais.
JCJF – Enunciado 604: A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2.º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho.
JCJF – Enunciado 606: O tempo de convívio com os filhos "de forma equilibrada com a mãe e com o pai" deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um.

distribuição igualitária do tempo de convivência "doméstica" dos filhos com os genitores (CC 1.583 § 2.º), de forma consistente e estável, quer seja semanalmente, no sistema quatro dias vs. três dias alternativamente, quer seja mensalmente, no modelo "mês com o pai"/"mês com a mãe", ou ainda por qualquer outro período de rodízio previamente estabelecido e cumprido com rigor, mantendo-se, em qualquer hipótese, a estabilidade dos períodos de convivência.[24]

Questiona Mário Delgado as críticas que a fixação de duas residências tem recebido da doutrina e da jurisprudência. Costuma-se repetir, sem qualquer embasamento empírico, que esse regime é prejudicial ao desenvolvimento da criança. Trata-se de um estereótipo bastante sedimentado e que faz com que pouquíssimas residências simultâneas sejam fixadas pelo Judiciário brasileiro. E pior do que isso, o que assume exponencial gravidade, é a existência de decisões judiciais que se negam a homologar acordos consensuais em que os pais acordaram a divisão de residências. Outrossim, não são poucos os representantes do Ministério Público que interferem de forma contrária à homologação desses acordos, com base em um clichê, repito, jamais comprovado.[25] A consagração da divisão equilibrada da convivência tem sido considerada uma ingerência demasiada do Estado na vida íntima e particular, uma intromissão sem limites nas decisões da família, com prejuízos significativos para o bom desenvolvimento dos filhos, que receberiam orientações de dois lares diferentes, muitas vezes com valores e princípios antagônicos.

Na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, comprovado que ambos demonstram condições de tê-lo em sua companhia, dever determinar a guarda compartilhada. No entanto, não é levada em conta a **vontade do filho** de conviver ou não com um dos pais, de querer ou não estar com um ou com outro.[26] Não se pode esquecer que o ECA determina que, sempre que possível, a opinião do menor deve ser devidamente considerada.

Na hipótese de a guarda ser determinada judicialmente é que cabe estabelecer atribuições e definir os períodos de convivência.[27] Para isso,

24. Mário Luis Delgado, Guarda alternada ou guarda compartilhada com duas residências?
25. Idem, ibidem.
26. Ana Carolina Silveira Akel, Guarda Compartilhada.
27. JCJF – Enunciado 605: A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência.

recomendável que seja feita avaliação por equipe interdisciplinar (CC 1.584 § 3.º) e, se necessário, o acompanhamento psicológico ou psiquiátrico aos pais (ECA 129 III).

O deferimento da guarda compartilhada, quando os pais se mantêm em estado de beligerância, não subtrai do juiz a responsabilidade de preservar o melhor interesse de quem constitucionalmente desfruta da proteção integral. Ao contrário, só faz aumentar seus encargos. Mantendo-se o clima de animosidade, tem ele a faculdade de atribuir a guarda a **terceiros**, preferentemente algum parente, com quem os filhos mantenham relações de afinidade e afetividade (CC 1.584 § 5.º).

Determinado o compartilhamento, continua prevalecendo os superiores interesses dos filhos:

- é mantida a possibilidade de se deferir a guarda à terceira pessoa – até diversa dos próprios pais – que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (CC 1.584, § 5.º);
- reafirma que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar (CC 1.634);
- prevê que a cidade considerada base da moradia será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos (CC 1.583 § 3.º);
- excepciona a regra da prévia oitiva da parte contrária, antes da concessão liminar de guarda, se a proteção aos interesses dos filhos exigir (CC 1.585).

A concessão da guarda compartilhada não subtrai a **obrigação alimentar**[28] do genitor que tem melhor situação financeira, pois o filho merece desfrutar de condição de vida semelhante na residência de ambos. Afinal, grandes diferenças no padrão de vida das famílias podem ensejar a rejeição do filho ao genitor com menos recursos. A criança, ser ainda em formação, tem a tendência de se deixar seduzir por um espaço onde desfrute de melhor conforto, brinquedos, jogos eletrônicos, computador, internet, o que prejudicaria o convívio com o genitor menos favorecido se não lhe for garantido um valor mínimo para sustentar a criança em sua residência.[29]

28. JCJF – Enunciado 607: A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.
29. Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos. Poder familiar e guarda compartilhada, 140.

Sobre a **quantificação** dos alimentos, pouca alteração o regime convivencial poderá trazer, exceto em casos excepcionais, uma vez que grande parte dos gastos infantojuvenis se voltam às despesas com escola, plano de saúde, material escolar, remédio, roupas e calçados que se manterão fixos, independentemente do período em que o filho permanece com cada um de seus genitores.[30]

Na guarda unilateral é assegurada ao genitor não guardião a obrigação de **supervisionar** o interesse dos filhos, bem como solicitar informações e **prestação de contas** (CC 1.583 § 5.º). Ora, em qualquer das modalidades de guarda existem todas estas atribuições e encargos que não dizem com o regime de convivência. São inerentes ao **poder familiar**. Pelo jeito, quis a lei enfatizar que a responsabilidade parental e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar se encontravam indevidamente desequilibrados com o predomínio da guarda unilateral.[31]

Além da obrigação de dirigir a criação e a educação, exercer a guarda dos filhos e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, vários encargos foram impostos de forma conjunta aos genitores e que dizem com o exercício do **poder familiar** (CC 1.634 III, IV, V, VII).

A dissolução do vínculo de conjugalidade dos pais não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação aos filhos. O rompimento do convívio do não pode comprometer as relações parentais nem o exercício do poder familiar. É recomendável que os pais mantenham laços de urbanidade, para minorar efeitos nocivos que a separação acarreta nos filhos. E os novos relacionamentos dos genitores não faz qualquer deles perder o direito de tê-los consigo (CC 1.588).[32]

15.5.2. Base de moradia

A guarda compartilhada é definida como responsabilização e exercício conjunto dos direitos e deveres dos pais concernentes ao **poder familiar** dos filhos (CC 1.583), devendo o tempo de convívio com cada um dos pais ser dividido de forma equilibrada (CC1.583 § 2.º).

---

30. Angela Gimenez, A guarda compartilhada e a igualdade parental.
31. Giselle Groeninga, Guarda compartilhada e relacionamento familiar:...
32. JCJF – Enunciado 337: O fato de o pai ou a mãe constituírem nova união não repercute no direito de terem os filhos do leito anterior em sua companhia, salvo quando houver comprometimento da sadia formação e do integral desenvolvimento da personalidade destes.

Não importa a discordância de um ou de ambos os pais, ou eventual estado de beligerância entre eles. Encontrando-se ambos aptos ao exercício do poder familiar, a guarda é sempre compartilhada (CC 1.584 § 2.º).

Imposta a guarda compartilhada, cabe ao juiz, de ofício, atentando às necessidades específicas (CC1.584 II), promover a **divisão equilibrada** do tempo de convívio com cada um dos pais, nem que para isso precise socorrer-se da orientação de equipe interdisciplinar (CC 1.584 § 3.º).

Ora, se o filho deve conviver com ambos os genitores mediante divisão equilibrada do tempo, descabido estabelecer a residência de um dos pais como "base de moradia" do filho. A norma legal é de absoluto não senso (CC 1.583 § 3.º): *Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.*

Cabe atentar que o dispositivo não impõe a fixação da residência do filho em um lar específico. Também não diz que a base de moradia precisa ser atribuída a um dos genitores. Tão somente estabelece que a **cidade** considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atende aos seus interesses. Ao falar em cidade, parece pressupor que os pais residem em localidades distintas, fato que não impede o regime de compartilhamento. A atual parafernália tecnológica autoriza uma proximidade tão grande que, mesmo residindo em países distantes, podem os pais exercer a guarda compartilhada.

Portanto, se o período de convivência é dividido equilibradamente entre os pais, nada, absolutamente nada justifica eleger-se uma base de moradia, expressão que nem sequer dispõe de precisão conceitual. Não define a residência nem estabelece o domicílio do filho. Há uma enorme e injustificada resistência principalmente dos profissionais da área psicossocial, sob a alegação de que a criança precisa ter um lar de referência. Estas conclusões, no entanto, não dispõem de comprovação científica.

Traz a lei o conceito de **domicílio** (CC 70): *O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.* E esclarece (CC 76): *O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente.* No entanto, quando alguém tem várias **residências**, todas são reconhecidas como seu domicílio (CC 71): *Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.*

Como a guarda compartilhada encerra não só a custódia legal, mas também a custódia física do filho, a fixação do duplo domicílio é o corolário lógico. De todo desnecessário – e até inconveniente – o estabelecimento de uma base de moradia, o que acaba por alimentar o desequilíbrio nas relações parentais, que está mais do que na hora de acabar.

O fato é que a fixação da base de moradia materna ainda é a regra. Reforçar o modelo hierarquizado de família. O que deixa o pai sempre à mercê da vontade da mãe. Para usar expressão em voga, resta ela empoderada, e o pai somente tem acesso ao filho quando ela deixa. Ora, é indispensável certa flexibilização da convivência, para atender ao interesse do próprio filho (por exemplo, para participar de celebrações festivas da família do outro genitor), o que não pode ficar sujeito à recusa injustificada de quem tem estabelecido a seu favor a base da moradia.

Como guarda compartilhada é o exercício conjunto da custódia legal e física do filho, a Justiça não pode se distanciar do equilíbrio imposto pela lei, beneficiando um dos pais em detrimento do outro, o que desconfigura a própria guarda compartilhada. O exercício conjunto por ambos os pais dos deveres parentais demanda, inevitavelmente, a custódia física conjunta igualitária, pois a divisão do dever de cuidado exige, cada vez mais, a proximidade daqueles que dividem o exercício dos demais deveres parentais.[33]

Deste modo, imperioso reconhecer que, na guarda compartilhada, independentemente do período de convívio com cada um dos pais, o filho tem dupla residência, dispondo, portanto, de duplo domicílio.

15.6. DIREITO DE CONVIVÊNCIA

Escassa, para não dizer inexistente, é a regulamentação do direito de convivência, que todos insistem em chamar de **direito de visitas**, expressão de todo inadequada. Os encargos inerentes ao poder familiar não se limitam a assegurar ao genitor o direito de ter o filho em sua companhia em determinados períodos de tempo. A locução **de visitas** evoca uma relação de índole protocolar, mecânica, como uma tarefa a ser executada entre ascendente e filho, com as limitações de um encontro de horário rígido e de tenaz fiscalização.[34]

Daí a preferência por **direito de convivência** ou **regime de relacionamento**, eis que é isso que deve ser preservado, mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto. Consagrado o **princípio da proteção integral**, em vez de regulamentar as visitas, é necessário estabelecer formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro

33. Mário Luis Delgado, Guarda alternada ou guarda compartilhada com duas residências?

34. Rolf Madaleno, Direito de Família em pauta, 86.

genitor.[35] É totalmente irrelevante a causa da ruptura da sociedade conjugal para a fixação do regime convivencial. O interesse a ser resguardado, prioritariamente, é o do filho, e objetiva atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental.[36]

Os pais têm **obrigação** de conviver com os filhos, que decorre do **dever de cuidado**. Mesmo quando residem em países diferentes. O mundo virtual propicia o contato.[37] É do filho o **direito** de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. É ele que tem direito de manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito.[38]

Trata-se de um direito de **personalidade**, na categoria do **direito à liberdade**, pelo qual o indivíduo, no seu exercício, recebe as pessoas com quem quer conviver.[39] Funda-se em elementares princípios de **direito natural**, na necessidade de cultivar o **afeto**, de firmar os vínculos familiares à subsistência real, efetiva e eficaz.[40]

Na hipótese de ocorrer a atribuição da guarda a **terceiros**, persiste a obrigação dos pais de supervisionarem os interesses do filho (CC 1.583 § 5.º), não sendo impedido o exercício do direito de convivência (ECA 33 § 4.º). Quanto mais se reconhece a importância da preservação dos vínculos afetivos, mais vem se desdobrando o direito de convívio também a parentes outros. Assim, avós (CC 1.589 parágrafo único), tios, padrastos, padrinhos, irmãos etc. podem buscar o reconhecimento do direito, eis que os elos de afetividade merecem ser resguardados.[41] Ainda que seja garantido ao

35. Denise Duarte Bruno, Direito de visita: direito de convivência, 323.
36. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito de Família brasileiro, 174.
37. Regulamentação de visitas em favor do genitor. Ampliação. Realização da visita durante a semana, mediante vídeo-transmissão. Admissibilidade. Genitor que reside no exterior. Inexistência de prova de qualquer risco de natureza concreta ao menor. Importância do convívio paterno. Ampliação que contribui para o fortalecimento dos laços afetivos entre a menor e o genitor. Ampliação deferida em parte, considerando que o réu reside no exterior de forma irregular. Sentença modificada. Recurso do demandado parcialmente provido. (TJSP – AC 1002424-49.2016.8.26.0224, 6ª C. Dir. Priv., Rel. Vito Guglielmi, j. 03/12/2019).
38. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito de Família brasileiro, 313.
39. Sílvio Neves Baptista, Guarda compartilhada, 46.
40. Waldyr Grisard Filho, Guarda compartilhada, 94.
41. Ação de regulamentação de visitas avoengas. Direito dos avós. Tutela provisória. I – Nos termos no artigo 1.589 do Código Civil, o direito de visitas se estende aos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou adolescente. II – É direito da criança e adolescente a convivência com os avós maternos e paternos, desde que

apenado o direito à visita de familiares (LEP 41 X), quando os filhos são menores de idade.[42]

Quem não tem o filho sob sua guarda dispõe do direito de **fiscalizar sua manutenção e educação** (CC 1.589). Nada mais. Visando sanar essa omissão, o Código de Processo Civil determina que, na petição de **separação consensual**, além do acordo relativo à guarda dos filhos menores, deve constar o regime de visitas (CPC 731 II).

15.7. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A expressão "guarda" é utilizada tanto pelo Código Civil como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas com significado diverso. No âmbito do ECA, diz respeito com a situação de crianças e adolescentes que não convivem com qualquer dos pais e estão com direitos ameaçados ou violados (ECA 98). Tem cabimento em duas situações em especial:

- para regularizar a **posse de fato** (ECA 33 § 1.º); e
- como medida liminar ou incidental nos procedimentos de **tutela** e **adoção** (ECA 33 § 2.º).

Da forma como o tema é tratado no ECA, dá a entender que possui caráter **precário e provisório**. No entanto, o próprio Estatuto determina que o poder público estimule o acolhimento de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios (ECA 34). Essas situações, porém, tendem a se perpetuar no tempo. Ainda que, em um primeiro momento, possa parecer que a concessão da guarda serve para atender a **situações emergenciais**, pode se tornar **definitiva**. A instabilidade dessa situação não se coaduna com os princípios atuais que privilegiam a consolidação dos vínculos afetivos. A guarda não gera efeitos **sucessórios**, não concorrendo o "guardado" à

---

inexista justa causa para sua vedação. Agravo conhecido e parcialmente provido. (TJGO – AI 03843353520188090000, 6ª C. Cív., Rel. Norival Santomé, j. 17/11/2019).

42. Pedido de visitação. Filha menor de idade. Necessário atentar ao princípio da proteção da criança e do adolescente que, diante dos elementos constantes dos autos, não recomenda sejam autorizadas, por ora, as visitas da menor (de 06 anos de idade) ao pai apenado. O interesse do agravado em receber visitação da menor vai de encontro com o direito desta a não sujeitar-se a exposição a tratamento degradante, como é a realidade dos estabelecimentos prisionais atualmente. Agravo provido. Unânime. (TJRS – AGV 70080143977, 2ª C. Crim., Rel Luiz Mello Guimarães, j. 25/04/2019).

sucessão hereditária do guardião. Assim, o seu falecimento deixa o menor em total desamparo.

A ausência de uma **terminologia** adequada que identifique a relação que se estabelece entre o guardião e a criança sob guarda, sujeita ambos a uma situação de absoluta fragilidade relacional, a evidenciar que essa modalidade protetiva não garante todo o leque de direitos assegurados pela Constituição. Transferida judicialmente a guarda a terceiros, o guardião assume obrigação de caráter assistencial de natureza material, moral e educacional (ECA 33), sendo que a criança ou o adolescente adquire a condição de dependência para todos os efeitos de direito, inclusive **previdenciários** (ECA 33 § 3.º). Ainda que posterior ao ECA, a exclusão de direitos previdenciários a quem está sob a guarda do beneficiário (Lei 8.213/1991) não tem o condão de excluir o benefício. Quer porque é proibido o retrocesso social, quer porque lei geral não revoga lei especial de caráter protetivo.

Cabe questionar: há a possibilidade da revogação imotivada da guarda? O guardião pode, voluntariamente, abrir mão da guarda? Não existem sequelas obrigacionais de qualquer ordem? É possível permitir a simples desvinculação sem a ouvida da criança ou do adolescente? Não se questiona o surgimento de um vínculo afetivo? Não se pode falar em filiação socioafetiva? E, finalmente, será que a fragilidade desse vínculo atende ao seu melhor interesse?

Independentemente da situação jurídica, a colocação em **família substituta** não implica na suspensão nem na extinção do poder familiar (ECA 28). O guardião tem o dever de assistência material, moral e educacional, o que lhe confere legitimidade para opor-se a terceiros, inclusive aos pais (ECA 33). Mesmo após a suspensão ou a destituição do poder familiar, persiste o dever de **alimentos** dos genitores. Quanto à convivência, só cabe ser mantida se não vier em prejuízo do filho.

Há uma prática bem difundida, de os **avós** buscarem a guarda dos netos exclusivamente para **fins previdenciários**. Ainda que muitas vezes os pais residam com eles e na dependência econômica desles, que desempenham o dever de cuidado em decorrência da solidariedade familiar. No entanto, estando os genitores no exercício do **poder familiar**, não se justifica a concessão da guarda a terceiros.

15.8. COMPETÊNCIA

Como o instituto da guarda encontra abrigo tanto no Código Civil como no ECA, tal fato, muitas vezes, dá margem a confusões, não só sobre

qual legislação aplicar, mas também na hora de identificar o juízo competente. De forma bastante frequente, é suscitado **conflito de competência** entre o juiz da vara de família e o da vara da infância e da juventude. O critério para identificar a competência é a situação em que se encontra a criança.[43]

O juízo especializado do **infância e da juventude** só é competente se a criança ou o adolescente estiver com seus direitos ameaçados ou violados, por omissão ou abuso dos pais ou responsáveis ou em razão de sua conduta (ECA 98). A ocorrência de afronta real ou iminente aos seus direitos fundamentais é que determina, com exclusividade, a competência do Juizado da Infância e da Juventude (ECA 148 parágrafo único). Daí a legitimidade do Ministério Público para propor demanda envolvendo interesse de crianças e adolescentes (ECA 201 III).

Estando o filho na companhia de um ou de ambos os genitores, as controvérsias que envolvem a guarda encontram-se na esfera familiar, no âmbito do Direito das Famílias, e a competência é das **varas das famílias**. No entanto, mesmo que esteja na companhia dos pais, encontrando-se com seus direitos violados por omissão ou abuso, desloca-se a competência para os juizados da infância e da juventude. Em todos os outros casos, o juiz da família é o competente.

Alguns questionamentos surgem quando, por exemplo, a criança está sob a guarda de **avós** ou de algum outro **parente**. Para saber a quem compete decidir as questões que surgem, a maneira de encontrar uma solução é procurar identificar se, independentemente da companhia de quem se encontre, ela está desassistida ou não[44].

Em face da dificuldade na definição da competência, impositivo admitir a fungibilidade. Um exemplo. O prazo para o recurso de **apelação** é

43. Conflito de competência. Ação de guarda. Alteração do domicílio do menor durante o processo. Modificação da competência. Possibilidade. Tratando-se de ação envolvendo menor, a alteração de domicílio do guardião justifica a mudança da competência, na medida em que ▪ regra da *perpetuatio jurisdictionis* deve ceder lugar à solução que se afigure mais condizente com os interesses do infante e facilite o seu pleno acesso à Justiça. Em sendo assim, mostra-se adequada a decisão do juízo suscitado que declinou da competência para o juízo suscitante, local onde atualmente reside o menor com sua guardiã. Precedentes. Conflito negativo de competência rejeitado. (Conflito de Competência 70080657745, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, j. 25/04/2019). (TJRS, CC 70080657745, 8ª C. Civ., Rel. Rui Portanova, j. 25/04/2019).

44. JCJF – Enunciado 338: A cláusula de não tratamento conveniente para a perda da guarda dirige-se ▪ todos os que integram, de modo direto ou reflexo, as novas relações familiares.

de 15 dias úteis (CPC 1.003 § 5.º e 219) e o **prazo recursal** do ECA é mais exíguo: 10 dias (ECA 198 II). A tendência é limitar o prazo mais exíguo exclusivamente às ações regulamentadas de modo expresso no ECA.

A identificação do juízo competente tem sequela de outra ordem: nos Juizados da Infância e da Juventude não existe pagamento de **custas** (ECA 141 § 1.º e 198 I). No entanto, correndo a imposição de **honorários advocatícios** é perante este juízo que se deve buscar sua cobrança.[45]

De qualquer modo, seja no juízo que for, a competência é a do **foro do domicílio** de quem detém a guarda.[46]

A ação corre em **segredo de justiça** (CPC 189 II), sendo obrigatória a participação do **Ministério Público** (CPC 178 II e 698).

15.9. AÇÃO DE ESTABELECIMENTO DO REGIME DE CONVIVÊNCIA

Não conseguindo os genitores, de comum acordo, definir o que fazer com os filhos, é chamada a Justiça para tomar essa difícil decisão. Ora, se

45. Recurso especial. [...] Execução de honorários de sucumbência arbitrados pelo Juízo da Infância e Juventude. Competência dessa mesma justiça especializada. [...] 1. O viés taxativo do art. 148 do ECA, no que estabelece as importantes competências da Justiça da Infância e da Juventude, sem contemplar expressamente a execução de verba honorária por ela arbitrada, não induz, só por si, a incompetência daquele Juízo especializado para o cumprimento/efetivação do montante sucumbencial. 2. Da combinada leitura dos arts. 148 e 152 do ECA, 24, § 1º, do Estatuto da Advocacia e 516, II, do CPC/15, depreende-se que, como regra, o cumprimento da sentença, aí abarcada a imposição sucumbencial, deve ocorrer nos mesmos autos em que se formou o correspondente título exequendo e, por conseguinte, perante o Juízo prolator do título. 3. Ressalte-se que tal solução longe está de inquinar ou contrariar as estritas hipóteses de competência da Vara da Infância e Juventude (art. 148 do ECA), porquanto a postulada verba honorária decorreu de discussão travada em causa cível que tramitou no próprio Juízo menorista, razão pela qual não há falar, no caso concreto, em desvirtuamento de sua competência executória. 4. Por fim, impende realçar que a mesma Lei 8.069/90 (ECA), por seu artigo 152, assinala que "Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente", autorizando, no ponto, a supletiva aplicação do referido art. 516, II, do vigente CPC, segundo o qual "O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante [...] o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição". 5. Recurso especial da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais provido. (STJ – REsp 1.859.295/MG (2020/0018703-5), 1ª T., Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 26/05/2020).

46. STJ – Súmula 383: A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.

nem os pais – que são ou deveriam ser os maiores interessados no bem-estar da prole – conseguem entrar em acordo, muito mais dificuldade terá um estranho para julgar de modo a atender à determinação legal impor a guarda compartilhada, estabelecendo o tempo de convívio com cada um de modo equilibrado (CC 1.583 § 2.º).

Em face do estado conflituoso em que se encontram os pais, a maneira de o juiz desincumbir-se desse delicado dever é socorrer-se de profissionais de outras áreas (CC 1.584 § 3.º). A **mediação** é uma das formas mais adequadas para solver esse tipo de controvérsia. A solução, em vez de ser ditada pelo juiz, é encontrada pelos pais, que assumem suas próprias responsabilidades, e liberta a criança aprisionada dentro desse confronto.[47]

Afinal, a escuta do *quantum* de afeto dirigido a cada pai e a leitura dos indícios das relações estabelecidas pela criança com cada um deles nem sempre podem ser feitas por operadores do direito.[48]

O Conselho Nacional de Justiça expediu Recomendação[49] para que nas ações de guarda, divórcio e ações paralelas, os juízes, ao despacharem a petição inicial, sugiram às partes que participem da Oficina de Pais e Mães, disponibilizada *on-line*.[50]

O ECA recomenda a **ouvida** da criança ou adolescente, sempre que possível. Quando da colocação em família substituta, deve sua **opinião** ser levada em consideração (ECA 28 § 1.º). Igualmente, se o adotando tiver mais de 12 anos, é necessário o seu **consentimento**, colhido em audiência (ECA 28 § 2.º). A **Convenção sobre os Direitos da Criança** (12 I) também determina que as opiniões das crianças sejam levadas em consideração, segundo a sua idade e maturidade. Assim, impõe-se colher a manifestação de vontade de quem seus direitos estão sendo decididos. No entanto, a vontade do filho não pode ser o único elemento definidor da guarda. As crianças experimentam grande aflição ao serem pressionadas a tomar partido, como se estivessem traindo um dos pais, e enfrentam terrível crise de lealdade.[51]

A forma menos gravosa de colher a manifestação da vontade da criança é por meio do **Depoimento Especial** e **Escuta Especializada** de modo a

47. Argene Campos e Enrica Gentilezza de Brito, O papel da mediação..., 293.
48. Gustavo Ferraz Mônaco e Maria Luiza Campos, O direito de audição de crianças..., 14.
49. CNJ – Recomendação 50/2014.
50. Disponível no site: www.cnj.jus.br/eadcnj.
51. Judith S. Wallerstein e Sandra Blakeslee, Sonhos e realidade no divórcio, 42.

evitar a revitimização do depoente em situação de vulnerabilidade.[52] O procedimento foi regulamentado pelo CNJ.[53]

Disputada a guarda em juízo, independentemente de quem esteja com o filho, é desnecessário o oferecimento de **reconvenção**, em face do **caráter dúplice** da demanda.[54] Mesmo disputando um dos pais a guarda exclusiva do filho, pode o juiz determinar a **guarda compartilhada**, quando reconhece que ambos são aptos a exercer o poder familiar (CC 1.584 § 2.º). Para isso, deve socorrer-se da intervenção de equipe interdisciplinar (CC 1.584 § 3.º).

Reconhecendo a inconveniência de estabelecer a guarda compartilhada, ao definir a guarda em favor de um dos genitores, deve ser regulamentada a **convivência** com o outro. Claro que, se eles estão se digladiando em juízo pela "posse" do filho, dificilmente o contato da criança com o não guardião estará acontecendo em um clima de normalidade. Assim, para garantir o convívio do filho com quem "perder" a disputa pela guarda, as visitas devem ser regulamentadas **de ofício**. Quando os envolvidos não são os pais, mas pessoas com quem a criança mantém um estreito vínculo afetivo, cabível também a fixação do regime de convivência.

Ao definir a guarda, pode o juiz impor à criança, aos genitores e integrantes da entidade familiar, tratamento psicológico ou psiquiátrico (ECA 129 III e VI). Tal também é cabível quando evidenciados indícios de **alienação parental** (Lei12.318/2010 6.º IV).

15.10. EXECUÇÃO DO REGIME DE CONVIVÊNCIA (VISITAS)

Existem meios legais para que as visitas sejam cumpridas tanto para que um dos pais cumpra o regime de visitação como para que o outro entregue o filho. Afinal, deixou o direito de convívio de ser um **direito da mãe ou do pai** de ter o filho em sua companhia. É muito mais um **direito**

---

52. Lei 13.431/2017.
53. CNJ – Resolução 299/2019.
54. Ação de guarda e alimentos. Não recebimento da reconvenção. Natureza dúplice. Desnecessidade. No caso, a ação de guarda, na linha do que vem decidindo a jurisprudência da Corte, tem natureza dúplice. Logo, a reconvenção é desnecessária, porque, no julgamento da ação principal, já se pode eventualmente deferir ao réu o que, no caso, ele postulou em sede de reconvenção. O mesmo vale para os alimentos, no sentido de que se haverá de resolver sobre a fixação de uma quantia, como consequência da definição sobre a guarda. Recurso desprovido. (TJRS – AI 70082887365, Rel. Afif Jorge Simões Neto, j. 28/04/2020).

do filho de conviver com o genitor que não detém sua guarda. Assim, há uma **obrigação** – e não simples direito – dos pais de respeitarem os horários de visitação. Trata-se de um dos deveres inerentes ao poder familiar, cujo descumprimento configura **infração administrativa** sujeita à **multa** de três a 20 salários mínimos (ECA 249). Igualmente, caracteriza **abandono,** a justificar até a **destituição do poder familiar** (CC 1.638 II).

A execução para o adimplemento da obrigação de visitas pode ser proposta por **qualquer dos genitores.** Tanto o guardião pode vir a juízo para que o outro cumpra com as visitas, como a demanda pode ser promovida por quem não o tem sob sua guarda para assegurar o direito de tê-lo em sua companhia. Ou seja, se o pai não visita o filho que vive com a mãe, cabe a ela propor a execução para obrigar o genitor a visitá-lo. Também o pai, que tem assegurado o direito de visitas, pode ingressar em juízo se a genitora está impedindo a convivência.

O direito de convivência gera uma **obrigação de fazer infungível, personalíssima**, que deve ser cumprida pessoalmente. Nada impede que seja buscado o adimplemento, mediante a aplicação da chamada ***astreinte***: tutela inibitória, mediante a aplicação de **multa**. Nada mais do que um gravame pecuniário imposto ao devedor renitente para que honre o cumprimento de sua obrigação. Instrumento de **pressão psicológica**, verdadeira sanção, destinada a desestimular a resistência do obrigado, de modo que ele se sinta compelido a fazer o que está obrigado.[55]

A multa cominatória não tem finalidade sancionatória ou reparatória. Age como **instrumento de coerção indireta**, tendente a dar efetividade ao mandamento judicial. A imposição possui, ainda, um sentido **ético**: romper a resistência insana do devedor, que, além de causar com seu ato prejuízo ao credor, desrespeita o Estado-juiz ao querer impor a perpetuação de sua inadimplência.[56] Deste modo, descabe a fixação se já superado o período de convívio.[57]

---

55. Rolf Madaleno, Direito de Família em pauta, 41.

56. Raduan Miguel Filho, O direito/dever de visitas..., 817.

57. Cumprimento de sentença. Astreintes retroativas. Pacto dos litigantes estabelecendo visitação nas férias escolares, cabendo a cada um dos genitores permanecer com a filha comum durante a metade desse período. Descumprimento do acordo pela agravada, a qual, injustificadamente, proibiu que o agravante tivesse acesso à filha no lapso temporal que lhe cabia. A despeito da conduta da agravada de desrespeito ao pacto, é certo que as astreintes foram fixadas em momento posterior ao descumprimento do acordo, quando já decorrido o período de visitação do genitor. Impossibilidade de aplicação de eficácia retroativa à multa processual, sob pena de

Essa é uma poderosa forma de induzir o genitor não guardião a cumprir a obrigação de, periodicamente, ter o filho em sua companhia. Também serve para obrigar o guardião a entregar o filho nos horários e dias estabelecidos.[58] Não há sequer a necessidade de ser proposta **execução de fazer ou não fazer**, a medida pode ser requerida nos autos da ação em que foi estipulada a visitação.

Salutar que, tanto nos acordos como nas sentenças, já seja prevista a imposição da multa para o caso de descumprimento. Mesmo sem a previsão da multa, é possível sua aplicação. Proposta a ação que tenha por objeto o adimplemento da obrigação de convívio, é possível que o juiz, a título de **tutela antecipada**, ao determinar a citação do réu para cumprir a obrigação, já estipule a multa em caso de descumprimento. A fixação da multa não depende de **pedido**. O magistrado pode impô-la **de ofício**. Por exemplo, evidenciada a dificuldade de o guardião cumprir o regime de visitação, assegurada a visita para as férias escolares, ele será citado para entregar o filho ao outro genitor em determinada data, para não obstaculizar uma viagem já planejada para esse período.

As ações que têm por objeto interesses individuais próprios da infância e da adolescência (ECA 208 § 1.º) autorizam, no âmbito do poder geral de cautela do juiz, em caso de descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a imposição de **multa diária**, liminarmente, após justificação prévia ou na sentença, independentemente de pedido do autor (ECA 213).

O descumprimento da decisão judicial que estabelece a forma de convivência, além de evidenciar a prática de **alienação parental**, também configura **ato atentatório à dignidade da justiça** (CPC 77 IV), o que enseja a aplicação de multa, sem prejuízo de sanções penais (CPC 77 § 2.º).

Como a visitação tem alguma **periodicidade**, melhor atende à natureza da obrigação fixar as *astreintes* em determinada importância em dinheiro,

---

violação ao primado da segurança jurídica. Precedentes desta E. Corte. Multa que somente poderá ser aplicada ▪ fatos ocorridos após o seu arbitramento. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP – AI 2034192-27.2020.8.26.0000, 2ª C. Dir. Priv., Rel. Rosangela Telles, j. 01/06/2020).

58. Recurso especial. Impugnação ao cumprimento de sentença. Fixação de astreintes em acordo homologado judicialmente. Possibilidade. Precedentes do STJ. Dissídio jurisprudencial prejudicado. Recurso especial provido. [...] Conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido, reconhecendo ser cabível a fixação de astreintes em acordo homologado judicialmente (STJ – REsp 1.686.077/MA (2017/0176443-6) (Dec. monocrática), Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 29/08/2019).

para **cada oportunidade** em que ocorrer o inadimplemento. Assim, todas as vezes que um dos genitores deixar de entregar o filho ou o outro não for buscá-lo segundo o calendário estabelecido, fica sujeito ao pagamento da multa. Deste modo, estipulada a visitação em fins de semana alternados, pode o juiz fixar o valor da multa para cada visita que não se concretizar, assim, cujo valor reverte em prol do filho.

Na fixação do valor da multa, o juiz deve atentar às condições econômicas do devedor, quer para não o onerar de forma exacerbada, quer para não estimular a inadimplência, pela insignificância do seu montante. Sustentam Nelson e Rosa Maria Nery que o valor deve ser significativamente alto por ter **natureza inibitória**. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das *astreintes* não é o de obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica.[59]

15.11. BUSCA E APREENSÃO

Quando em vez, no período das visitas, o genitor deixa de devolver o filho no dia e horário convencionados. Tal omissão enseja o uso da ação de busca e apreensão. Não se trata de **tutela provisória** a exigir, oportunamente, a propositura de ação principal, eis que a guarda já se encontra definida. Trata-se de **tutela de urgência de natureza antecipada** que se exaure com o cumprimento da medida liminar (CPC 300).

O adimplemento coacto da medida sempre é um episódio traumático, com a necessidade da intervenção de **força policial**. Em face das nefastas consequências que podem advir à criança, subtraída a fórceps por ordem judicial do convívio afetivo do genitor não guardião,[60] em vez da expedição de mandado de busca e apreensão, recomendável que seja aplicada **multa** por cada dia em que não ocorrer a entrega do filho. Afinal, trata-se de descumprimento de **obrigação de fazer** (CPC 814).

15.12. AUTORIZAÇÃO DE VIAGEM

Separados os pais e assegurado a ambos o direito de conviver com os filhos, não há como impedir que viagem com eles, tanto no território nacional como internacionalmente. Seja qual for a modalidade do regime de convívio –

---

59. Nelson ■ Rosa Maria Nery, Código de Processo Civil comentado..., 764.
60. Rolf Madaleno, Direito de Família em pauta, 47.

unilateral o compartilhado –, antes dos 16 anos de idade os filhos necessitam de companhia ou autorização para se deslocarem. O tema é regulado pelo ECA (83 a 85) e por diversas normatizações do Conselho Nacional de Justiça.[61]

A autorização para viagens nacionais e internacionais de menores de 16 anos pode ser obtida de forma eletrônica, via tabelionato, mediante videoconferência.[62]

Viagens nacionais – sem expressa autorização judicial crianças ou adolescentes com menos de **16 anos de idade** não podem viajar para fora da **comarca** onde residem desacompanhados dos pais ou dos responsáveis (ECA 83).

Apesar de o dispositivo falar em "pais", não é necessária autorização para o filho viajar com somente um deles.

Não é necessária autorização se forem comarcas contíguas do mesmo estado e na mesma região metropolitana (ECA, 83 § 1.º *a*). Claramente a expressão "comarca" está mal-empregada, pois nem todos os municípios têm sedes do Poder Judiciário.

Viagens com **ascendente** ou **parente colateral até o terceiro grau** basta a comprovação documental do parentesco.

Para viajar com qualquer **pessoa maior de idade**, é necessária autorização de um dos pais, concedida por escritura pública ou documento particular com firma reconhecida.

Quando não constar o **prazo de validade** da autorização, se presume que é válida por dois anos.

Sem autorização, é indispensável **autorização judicial** ou a apresentação do passaporte em que conste expressa autorização para que viagem desacompanhados ao exterior.

Viagens internacionais – se o filho estiver acompanhado de ambos os pais não há qualquer exigência (ECA 84).

Até completar **18 anos**, para o filho viajar na companhia de somente um dos genitores, é necessária autorização do outro (CC 1.634 IV).

Para viajarem desacompanhados ou em companhia de pessoa maior e capaz, é preciso haver a autorização de ambos os pais. A autorização pode ser concedida por **escritura pública** ou **documento particular** com firma reconhecida.

---

61. CNJ – Resoluções 131/2011, 295/2019 e 197/2019.

62. CNJ – Provimento 103/2020.

É suficiente a apresentação do **passaporte** em que conste expressa autorização para que viajem ao exterior.

Sem prévia e expressa **autorização judicial**, nenhuma criança ou adolescente brasileiro pode sair do País em companhia de estrangeiro (ECA 85).

Para a criança estrangeira **retornar** ao país onde reside fora do Brasil, ainda que não disponha de dupla nacionalidade, estando na companhia de um dos genitores, não é necessária autorização do outro.

15.13. DANO AFETIVO

Entre os deveres decorrentes do poder familiar encontra-se o de exercer a guarda dos filhos – unilateral ou compartilhada –, bem como dirigir-lhes a criação e a educação (CC 1.634 I e II). É encargo que compete a ambos os genitores, mesmo que separados (CC 1.631). Quando estabelecida a guarda unilateral, fica limitado o direito de um deles de ter os filhos em sua companhia (CC 1.632). Porém, ao genitor que não possui a **guarda** é assegurado o **direito de visitas** (CC 1.589).

O adimplemento do **dever de visita** sempre ficou exclusivamente à mercê da vontade do não guardião, que escolhia, a seu bel-prazer, a hora, o dia e a periodicidade para ver os filhos. A estes só cabia aguardar pacientemente que o pai resolvesse vê-los. Às vezes era o guardião que impedia o direito de visita do outro genitor, por vingança, decorrente de sentimento de abandono pela separação e, não raro, em face do inadimplemento da obrigação alimentar. E há hipóteses em que a "culpa" pelo abandono afetivo pode ser imputado a ambos os genitores.

Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo suscetível de ser indenizado. A negligência justifica, inclusive, a **perda do poder familiar**, por abandono (CC 1.638 II). Porém, esta penalização não basta. A decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas uma bonificação pelo abandono.[63] A relação paterno-filial vem assumindo destaque nas disposições sobre a temática da família, deixando clara a preocupação com os filhos como sujeitos, e não como assujeitados ao poder paterno.[64]

---

63. Alcionir Ferreira, O princípio da afetividade..., 61.
64. Cláudia Maria Teixeira da Silva, Descumprimento do dever de convivência familiar..., 123.

A possibilidade de reparação por danos, por meio da responsabilidade civil, se dá pelo descumprimento do dever objetivo de cuidado, expresso na Constituição da República, no Código Civil e no ECA. É a omissão do dever de cuidado objetivo, previsto constitucional e legalmente que caracteriza o ato ilícito.[65] Neste sentido, a pioneira decisão do STJ que atribuiu valor jurídico ao **cuidado**, identificando o abandono afetivo como ilícito civil, a ensejar o dever de indenizar.[66]

No dizer de Rodrigo da Cunha Pereira, que foi quem primeiro levou o tema à justiça, o abandono parental deve ser entendido como uma **lesão extrapatrimonial ■ um interesse jurídico tutelado**, causada por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício do poder familiar (CC 1.634), o que configura um **ilícito**: fato gerador de obrigação indenizatória para as funções parentais.[67]

A lei responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência do cuidado, o abandono moral violam a integridade psicofísica dos filhos, bem como o **princípio da solidariedade familiar**, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura **dano moral**.[68] E quem causa dano é obrigado a indenizar. O valor deve ser suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas. Descabido, é considerar que criança, por ser de tenra idade, não sofre dano moral, em face do abandono.

O **dano à dignidade humana** do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar.[69]

Não só o genitor que abandona o filho, mas também aquele que oculta do outro a existência do filho, impedindo o estabelecimento do vínculo de paternidade, deve ser responsabilizado.[70] Tanto sofre dano quem não

---

65. Fábio Siebeneichler de Andrade d Gabriela Teixeira, Descumprimento de Deveres...,43.
66. STJ, REsp 1.159.242/SP, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 24/04/2012.
67. Rodrigo da Cunha Pereira, Responsabilidade civil por abandono afetivo, 11.
68. Maria Celina Bodin de Moraes, Deveres parentais ■ responsabilidade civil, 66.
69. Rolf Madaleno, O preço do afeto, 169.
70. [...] Indenização por danos morais. Alegação de que a ré omitiu a verdadeira paternidade biológica da filha, fruto de relação extraconjugal na constância do casamento.

conheceu o pai como este que, por não saber da existência do filho, ou ter sido dele afastado, de forma a não conseguir conviver com ele. A genitora pode ser condenada a indenizar o pai e o filho por ter ocasionado a ambos dano afetivo.

Produziu profunda reviravolta que nas próprias relações entre pais e filhos o reconhecimento judicial da obrigação do pai de pagar indenização, a título de **danos morais**, ao filho pela falta de convívio. Esta orientação tem despertado a atenção para o significado do convívio entre pais e filhos. A afetividade, como **dever jurídico**, não se confunde com a existência real do afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é **dever** imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.[71] A responsabilidade do pai decorre do exercício de seu poder familiar de maneira **destrutiva,** mesmo que venha atendendo ao pagamento da pensão alimentícia.[72] Quando o pai opta por utilizar o poder familiar de maneira nitidamente danosa, desta relação de poder nasce sua responsabilidade.[73]

A indenização por abandono afetivo pode converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um Direito das Famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar **papel pedagógico** no seio das relações familiares.[74] Claro que o relacionamento mantido sob pena de prejuízo financeiro não é a forma mais satisfatória de estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que

---

Exame de DNA realizado após a separação do casal que comprovou não ser o autor pai da criança. Conduta omissiva da ré, que tinha conhecimento da possibilidade de não ser o autor pai biológico da filha. Dano moral caracterizado. Cabível a redução do quantum indenizatório para R$10.000,00. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido. (TJSP – AC 1005868-27.2019.8.26.0114, Ac. 13784550, 5ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Fernanda Gomes Camacho, j. 24/07/2020).

71. Paulo Lôbo, Socioafetividade: o estado da arte no Direito de Família brasileiro, 15.

72. Ação declaratória de paternidade c/c alimentos. [...] Indenização por abandono afetivo. Não cumprimento do dever de cuidar. Comprovação do ato ilícito. Dano moral configurado. Precedentes STJ. [...] 3. Não tendo o pai se incumbido do seu dever de cuidar, já que mesmo ciente da paternidade desde 2009, não prestou nenhum tipo de assistência, seja material ou de ordem afetiva à sua filha, patente o dever de indenizar haja vista a configuração do abandono afetivo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Apelação cível conhecida e parcialmente provida. Sentença mantida. (TJGO – AC 03377637820118090024, 3ª Câm. Civ., Rel. Itamar de Lima, j. 10/01/2019).

73. José Fernando Simão, Afetividade e responsabilidade, 41.

74. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Direito civil: estudos, 148.

o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que ele estar com o sentimento de abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos, que não pediram para nascer, imperioso que a Justiça imponha coactamente essa obrigação. Não é necessário comprovar a presença de **dolo**. E sequer é necessária a prova do **dano**, que é presumido. Já está mais do que comprovado que a ausência do convívio paterno-filial compromete o desenvolvimento psíquico de crianças. Mas a jurisprudência insiste na necessidade da demonstração da prática de **ato ilícito**.[75]

A ação de indenização decorrente de abandono afetivo é da **competência** das varas de família.[76]

O **prazo prescricional** é de três anos, a contar da **maioridade** do filho.[77] No entanto, quando o reconhecimento da paternidade ocorre judicialmente, o prazo é contado a partir do **trânsito em julgado** da ação que reconheceu o vínculo parental, e não da maioridade do filho.[78]

---

75. Ação indenizatória por abandono afetivo. Dano moral. Ausência de demonstração da prática de ato ilícito passível de reparação pecuniária. [...] Caso em que não ficou comprovado omissão consciente do dever de cuidado pelo genitor, devendo ser mantida a sentença que não reconheceu a prática de ato ilícito passível de reparação civil. Negaram provimento. (TJRS – AC 70082013707 RS, 8ª C. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 10/07/2020).

76. Requerimento de indenização por danos morais formulado na reconvenção. Pedido decorrente de relação familiar. Competência do juízo da Vara de Família reconhecida. [...] III- Embora a pretensão contida na reconvenção da ação originária seja efetivamente indenizatória, não é uma indenizatória qualquer. Não se trata de mera aferição de ato ilícito que pode ser praticado por qualquer pessoa, ou, pelo menos, que possa ser imputado a qualquer pessoa. O dano moral ora exigido só pode ser praticado pelo ente familiar, o que confere contornos específicos particulares ao pedido reconvencional. IV- O aspecto familiar do tema se sobrepõe à natureza meramente reparatória do pedido, o que atrai a competência do Juiz da Vara de Família para seu processamento. Agravo de instrumento conhecido e provido. (TJGO – AI 03185829720198090000, 1ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Eduardo de Sousa, j. 24/03/2020).

77. Ação de indenização por abandono afetivo. Prescrição. Artigos 197 e 206 do Código Civil/2002. 1 Nos termos do art. 206, § 3º, V, do Código Civil/2002, o prazo prescricional para a pretensão de reparação civil é de três anos. 2 Por se tratar de ação de reparação civil por abandono afetivo, o início da contagem do prazo prescricional deve ocorrer na data em que o autor atingiu a maioridade (art. 197, II, do CC/02). [...] Apelação cível conhecida e desprovida. (TJGO – AC 01867275920188090087, 6ª C. Cív., Rel. Des. Jeova Sardinha de Moraes, 22/06/2020).

78. Investigação de Paternidade. Prescrição. Inocorrência. Abandono Afetivo. Constatação. Danos Morais. Possibilidade. 1. Segundo precedentes do STJ, não é possível falar em abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade. 2. O abandono afetivo é identificado quando o dever de sustento, guarda e educação do filho não são cumpridos, de modo que tal omissão de assistência social, moral e psíquica deve

15.14. ALIENAÇÃO PARENTAL

Quem lida com conflitos familiares certamente já se deparou com um fenômeno que não é novo, mas que não tinha nome: **síndrome de alienação parental – SAP**. O termo, criado por Richard Gardner, gera polêmicas até hoje. A lei que regulamenta o tema[79] sofre do mesmo preconceito, tanto que há forte campanha buscando sua revogação. As críticas contra a lei trazem em seu bojo o risco de um retorno à doutrina dos anos tenros, que considerava a figura materna mais apta a cuidar dos filhos em tenra idade. A ideia de que as mães, por terem gerado, são mais capazes de compreender as necessidades de proteção da criança, aparecem nas narrativas das mães e da sociedade de um modo geral, sendo fundamental aos profissionais que lidam com esta questão compreender como se constrói tal concepção.[80]

Assim, talvez fosse melhor do que **alienação**, melhor seria falar em **afastamento**. Ao invés de utilizar a palavra **síndrome**, talvez a expressão **sintomas** torne mais aceitável o rótulo do que passou a ser chamado de **alienação parental** ou implantação de **falsas memórias**.

A expressão "síndrome", de indisfarçável coloração psiquiátrica, abrange não somente aqueles **sinais** caracterizadores da alienação, por práticas levadas a efeito por um dos genitores ou por outros cuidadores da criança ou do adolescente, mas, igualmente, os **sintomas** de perturbação mental que atingem inexoravelmente o filho influenciado por aquela conduta, de modo a comportar-se negativamente em relação ao outro genitor atingido por falsas imputações. Do ponto de vista jurídico, interessa levar em conta apenas o fenômeno próprio da alienação parental, deixando à investigação psicológica ou psiquiátrica a análise da síndrome que caracterize aquele resultado danoso do ponto de vista do relacionamento paterno-filial.[81]

O termo alienação parental foi registrado na **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde** (CID -11), como problema relacional do cuidador com a criança (QE52.0), que pode levar a problemas do funcionamento, do desenvolvimento, necessitando de atenção, pesquisa e de políticas públicas.

---

ser compensada com indenização a título de danos morais. 3. Recurso conhecido e desprovido. (TJAM – AC 0000918-80.2013.8.04.6300, 2ª C. Cív., Rel. Elci Simões de Oliveira, j. 30/08/2020).

79. Lei 12.318/2010.

80. Maria Luiza Campos da Silva Valente e Thais Tononi Batista, Alienação parental: gênero e construção social na esfera do cuidado, 70.

81. Euclides de Oliveira, Alienação parental e as nuances da parentalidade:..., 286.

Apesar de ser prática conhecida – sempre existiu a tentativa de um dos pais desqualificar o outro –, só recentemente o tema começou a despertar a atenção. Antes os papéis parentais eram bem divididos: o pai era o provedor e a mãe a cuidadora. Assim, quando da separação os filhos ficavam sob a guarda materna e ao pai cabia o encargo de pagar alimentos e visitá-los quinzenalmente, se tanto. Com a emancipação feminina, passando as mulheres a exercer atividades fora do lar, os homens descobriram as delícias da paternidade e começaram a ser muito mais participativos no cotidiano dos filhos. E, quando da separação, não mais se conformam com o rígido esquema de visitação, muitas vezes boicotado pelas mães, que se sentem "proprietárias" dos filhos, exercendo sobre eles um poder absoluto.[82]

Agora todo mundo sabe que não se pode tentar romper vínculos parentais de forma inconsequente.

Não raras vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, com o sentimento de rejeição, ou a raiva pela traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor, pode fazer emergir impulsos destrutivos, dinâmica que faz com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o "acerto de contas" do débito conjugal. Conforme Viviane Ciambelli, ferido em seu narcisismo, um genitor sente-se no direito de anular o outro e, a partir daí, ou ocupa onipotentemente o lugar do pai deposto junto à criança ou o substitui por uma pessoa idealizada, tornando-a mais valiosa. Dessa forma, entre relações falseadas, sobrecarregadas de imagens parentais distorcidas e memórias inventadas, a alienação parental vai se desenhando: pais riscam, rabiscam e apagam a imagem do outro genitor na mente da criança.[83]

Um dos genitores leva a efeito verdadeira "lavagem cerebral", de modo a comprometer a imagem que o filho tem do outro, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram da forma descrita. Como bem explica Lenita Duarte, ao abusar do poder parental, o genitor busca persuadir os filhos a acreditar em suas crenças e opiniões. Ao conseguir impressioná-los, eles sentem-se amedrontados na presença do outro. Ao não verem mais o genitor, sem compreenderem a razão do seu afastamento, os filhos sentem-se traídos e rejeitados, não querendo mais vê-lo. Como consequência, sentem-se desamparados e podem apresentar diversos sinto-

82. Maria Berenice Dias, Incesto e o mito da família feliz, 45.
83. Viviane Ciambelli, Impacto da alienação parental nas..., 208.

mas.[84] Assim, aos poucos se convencem da versão que lhes foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram.[85] Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo paterno-filial. Restando órfão do genitor alienado, acaba o filho se identificando com o genitor patológico, aceitando como verdadeiro tudo que lhe é informado.

O filho é utilizado como instrumento da agressividade, sendo induzido a odiar um dos genitores. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é levada a afastar-se de quem ama e que também a ama. Este fenômeno manifesta-se principalmente no ambiente da mãe, devido à tradição de que a mulher seria mais indicada para exercer a guarda dos filhos, notadamente quando ainda pequenos. O alienador também pode ser o pai, em relação à mãe ou ao seu companheiro.

Assim, pode incidir em qualquer um dos genitores e, num sentido mais amplo, pode ser identificado até mesmo em outros cuidadores.[86] Pode ser levado a efeito frente aos **avós, tios** ou **padrinhos** e até entre **irmãos**. Muitas vezes ocorre quando ainda o casal vive sob o **mesmo teto**. Certas condutas, ainda que teoricamente protegidas sob o manto da licitude e das "boas intenções", podem ocultar verdadeiros indícios de tentativa de denegrir a imagem de um dos genitores ou membros de sua família.[87]

15.14.1. Abuso sexual

Em jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas. A mais perversa e danosa é a falsa denúncia de abuso sexual. O filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Dificilmente consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe é dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, as falsas memórias.

Essa notícia, levada ao Poder Judiciário, gera situação das mais delicadas. De um lado, há o dever do magistrado de tomar imediatamente uma atitude e, de outro, o receio de que, se a denúncia não for verdadeira, traumática a

84. Lenita Pacheco Lemos Duarte, A angústia das crianças..., 270.
85. Mônica Guazzelli, A falsa denúncia de abuso sexual, 116.
86. Jorge Trindade, Síndrome de alienação parental, 103.
87. Cristian Fetter Mold, Alienação parental..., 57.

situação em que a criança estará envolvida, pois ficará privada do convívio com o genitor que não lhe causou qualquer mal e com quem mantém excelente convívio. Mas, como o juiz tem a obrigação de assegurar proteção integral, de modo frequente **reverte a guarda** ou determina visitas monitoradas.

O mais doloroso é que o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem – às vezes durante anos – acaba não sendo conclusivo. Mais uma vez, depara-se o juiz com um dilema: manter ou não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar. Enfim, deve preservar o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo?

É difícil a identificação da existência ou não dos episódios denunciados. Complicado reconhecer que se está diante de uma alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito, como meio de acabar com o relacionamento entre os dois. Muitas vezes, nem os psicólogos conseguem identificar que se trata de sentimento de ódio exacerbado, que leva ao desejo de vingança, a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias, com o só intuito de afastá-lo do genitor.

Sejam as acusações falsas ou verdadeiras, o filho já é vítima de abuso. Sendo verdadeiras, sofre as consequências devastadoras que este tipo de agir proporciona. Sendo falsas, é vítima de abuso emocional, que põe em risco seu sadio desenvolvimento.[88] Certamente enfrentará uma crise de lealdade e sentimento de culpa quando, na fase adulta, constatar que foi cúmplice de uma grande injustiça.

Os resultados são perversos. Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade – quando atingida –, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos.[89]

Algumas providências são significativas. A Lei[90] que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência foi regulamentada[91] e foi a instituição da Comissão Intersetorial de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescente.[92]

88. Beatrice Marinho Paulo, Alienação parental:..., 22.

89. Caetano Lagrasta, Guardar ou alienar..., 34.

90. Lei 13.431/2017.

91. Dec. 9.603/2018.

92. Dec. 10.482/2020.

15.14.2. Aspectos legais

A Lei da Alienação Parental é alvo de duras críticas. Há um movimento querendo reduzi-la ou revogá-la. Talvez por ter se mostrado altamente eficaz. Inclusive com significativo efeito pedagógico.

Alienação parental é definida como (LAP2.º): *interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.* De modo exemplificativo e bastante didático, são indicadas diversas formas de sua ocorrência (LAP 2.º parágrafo único). Este é o conceito reproduzido na lei que cria o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente Vítima de Violência, ao reconhecer a alienação parental como **violência contra a criança** (Lei 13.431/2017, 4.º *b*).

Havendo indícios de sua prática, possível a instauração de procedimento **autônomo** ou **incidental**, que tem tramitação prioritária (LAP 4.º),[93] devendo o juiz adotar as medidas necessárias à preservação da integridade psicológica do filho (LAP 5.º). Não só um dos pais ou algum parente que se sinta vítima da alienação parental pode intentar a ação. O juiz pode agir de ofício e o **Ministério Público** dispõe de legitimidade para a demanda.

Na inicial da ação declaratória de alienação parental, ou quando o pedido ocorrer de forma incidental, evidenciada a probabilidade do direito e o perigo de dano pode ser requerida **tutela de urgência** (CPC 300). Ainda assim, recomendado que não decida sem estudo prévio por profissional capacitado.[94]

O **foro competente** para ação é determinado pelo domicílio dos pais (ECA 147, I e CPC 50). A matéria foi sumulada pelo STJ.[95] No entanto, nas disputas familiares é frequente a **alteração de domicílio**, não só para dificultar a convivência entre o filho e um dos pais como também para

---

93. IBDFAM – Enunciado 27: No caso de comunicação de atos de alienação parental nas ações de família, o seu reconhecimento poderá ocorrer na própria demanda, sendo desnecessária medida judicial específica para tanto.

94. IBDFAM – Enunciado 28: Havendo indício de prática de ato de alienação parental, devem as partes ser encaminhadas ao acompanhamento diagnóstico, na forma da Lei, visando ao melhor interesse da criança. O magistrado depende de avaliação técnica para avaliar a ocorrência ou não de alienação parental, não lhe sendo recomendado decidir a questão sem estudo prévio por profissional capacitado, na forma do § 2º do art. 5º da Lei nº 12.318/2010, salvo para decretar providências liminares urgentes.

95. STJ – Súmula 383: A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.

provocar o deslocamento da competência. Em atenção ao melhor interesse, este princípio cabe ser relativizado.[96]

Inclusive a injustificada mudança de domicílio para local distante é reconhecida como prática alienadora (LAP 2.º parágrafo único VII), sendo admitida a **fixação cautelar** do domicílio, seja de ofício ou a requerimento da parte interessada (LAP 6.º VI), a fim de inibir o distanciamento entre pai e filho e, por conseguinte, o deslocamento da competência. Além disso, caracterizada a mudança abusiva de endereço, o juiz pode inverter a obrigação de levar ou retirar o filho da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (LAP 6.º parágrafo único).

Determinada a realização de **perícia psicológica ou biopsicossocial**, o laudo deve ser apresentado em 90 dias (LAP 5.º § 3.º). Caracterizada a prática de alienação parental ou conduta que dificulte a convivência paterno-filial, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal do alienador, o juiz, além de declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador, pode adotar medidas outras como: ampliar o regime de convivência familiar; estipular multa;[97] determinar a alteração da guarda ou sua inversão;[98] e até suspender a autoridade parental.

---

96. Ação de guarda e alimentos com pedido de tutela provisória de urgência. Mudança de domicílio da genitora e das menores no curso da demanda. Modificação da competência. Incidência do princípio do melhor interesse do menor. Decisão mantida. I – O artigo 147, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que o foro competente nas ações envolvendo menor é aquele no qual residem os pais, guardiões legais do infante, sendo que tal norma pode se sobrepor às regras gerais de competência do Código de Processo Civil quando firmemente atrelado ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Assim sendo, o artigo 43 do Código de Processo Civil, que trata do princípio *perpetuatio jurisdictionis*, pode ser mitigado quando, diante das particularidades do caso, existir a necessidade da modificação do foro para a preservação do melhor interesse do menor, não sendo a mudança do domicílio do autor da ação, durante o curso do processo, em regra geral, suficiente para a alteração da competência para o julgamento do feito. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça. [...] Agravo de instrumento conhecido, mas desprovido. (TJGO – AI 04392758120178090000, 1ª C. Dir. Civ., Rel. Gustavo Dalul Faria, j. 07/06/2019).

97. [...] Guarda e visitação. Alienação parental. Ocorrência. Legislação de regência. Direito de convivência. Impedimento reiterado. Genitora. Conduta arbitrária. Oposição de obstáculo à convivência do menor com o genitor. Providência. Mudança do lar de referência. Inadequação. Melhor interesse da criança. Ampliação do direito de convivência. Adequação. Retirada do menor no lar paterno. Obrigação da genitora. Cabimento. Legislação de regência. Litigância de má-fé. Ocorrência. Multa. Sentença parcialmente reformada. [...] 20. Recurso do genitor conhecido e parcialmente provido. (TJDF – AC 0019088-82.2015.8.07.0016, 7ª T. Cív., Rel. Gislene Pinheiro, j. 23/01/2019).

98. Modificação de guarda. Interesse do menor. Alienação parental. Inversão. Alimentos. Redistribuição do ônus. Possibilidade. Decisão mantida. 1. A guarda de menores

Como a Lei nada prevê quanto à **matéria recursal**, deve ser aplicado o regime do CPC, e não do ECA.

15.15. ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

O capítulo que trata da proteção dos filhos é o lugar mais adequado para abordar o tema que diz com a proteção dos animais de estimação – também chamados de animais de companhia – por serem tratados por muitos como verdadeiros filhos.

O chamado "mundo pet" passou a fazer parte da vida das pessoas. Está comprovado que o vínculo afetivo entre as pessoas e os animais não humanos proporciona benefícios recíprocos à sociedade contemporânea. Há toda uma discussão sobre a **natureza** dos animais domésticos, que passaram a ser considerados **seres sencientes**. Ou seja, possuem aptidão emocional para sentir alegria, tristeza, saudade, estresse, medo, dor, afetividade.[99]

Como possuem capacidade cognitiva, formam com seus donos o que passou a ser chamada **família multiespécie**.[100]

Quando do fim da convivência, cada vez com mais frequência o casal disputa a guarda dos bichos domésticos. E na falta de consenso do casal, tem a Justiça reconhecido a cotitularidade dos animais de companhia, estabelecendo a custódia compartilhada com a imposição do pagamento de alimentos.[101]

É absoluta a falta de previsão legal sobre a relação afetiva existente entre seres humanos e animais. Mas não é mais possível ignorar que a ruptura do

---

deve ser oferecida àquele que possa melhor garantir-lhes o bem-estar. Não se trata de resguardar o direito dos pais, mas sim daqueles que merecem proteção especial da família, sociedade e Estado, principalmente os que estiverem em estado de vulnerabilidade. 2. Verificado que a conduta da genitora não fornece a proteção de que a criança necessita, a inversão da guarda é medida que se impõe. 3. A alienação parental é fortemente repelida em nosso ordenamento jurídico, sendo motivo determinante de mudança de guarda, podendo ser revista a qualquer momento, desde que verificadas as condições que impliquem a inversão. 4. Constatado que não houve alteração do valor fixado a título de alimentos, não há falar em decisão extra petita. 5. Recurso conhecido, mas não provido. Unânime. (TJDF – AI 0700029-42.2020.8.07.0000, 7ª C. Cív., Rel. Romeu Gonzaga Neiva, j. 20/05/2020).

99. Antonio Luiz Oliveira Alves e Tereza Rodrigues Vieira, A tutela dos direitos..., 381.

100. Marianna Chaves, Disputa de guarda de animais de companhia...

101. IBDFAM – Enunciado 11: Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal.

convívio pode acarretar sofrimento para uns e outros. É preciso atentar aos aspectos psíquicos, principalmente quando mudam de residência e acabam apartados de um de seus tutores.

Há somente vedação constitucional de os animais serem submetidos a crueldade (CR 225 VII), sendo crime praticar atos de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais (Lei 9.605/1998 32). No entanto, a proteção legal não pode dizer exclusivamente com maus-tratos físicos.

O Código Civil limita-se a dizer que os animais são objetos destinados a circular riquezas (CC 445 § 2º). Servem para garantir dívidas (CC 1.444). E é estabelecida a responsabilidade civil do seu proprietário (CC 936).

Apesar do silêncio da lei, a Justiça tem sido acionada para deliberar sobre guarda, convivência e alimentos dos animais de estimação.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece que os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada.[102]

A guarda é um instituto que trata da posse de fato de pessoas incapazes. Mas, em face da semelhança com o conflito sobre a convivência com os filhos, possível a aplicação analógica dos mesmos dispositivos legais (CC 1.583 a 1.590). Na disputa pela guarda, a simples demonstração da propriedade do animal não é suficiente para a concessão de sua guarda, pois, muitas vezes, a relação afetiva estabelecida entre o não proprietário e o animal é mais forte e saudável. Os envolvidos, portanto, devem demonstrar quem possui melhores condições para a criação do animal.[103]

Ainda que já pertencessem a um deles antes da união é possível não cabe a **busca e apreensão**. A tendência é reconhecer a **cotitularidade** e a concessão de tutela jurídica aos animais domésticos, com o estabelecimento de períodos de **custódia compartilhada**. Existindo filhos afeiçoados aos

---

102. Pedido de tutela provisória. Guarda de animais de estimação. Possibilidade de regulamentação da guarda de animais de estimação, seres sencientes, conforme jurisprudência desta C. Câmara e deste E. Tribunal. Probabilidade do direito da agravante, em vista da prova da estreita proximidade com os cães, adquiridos durante o relacionamento das partes. Fatos controvertidos que demandam dilação probatória, justificada, por ora, a divisão da guarda dos cães para que ambos litigantes desfrutem da companhia dos animais. Risco de dano à recorrente em aguardar o julgamento final da demanda. Requisitos do art. 300 do CPC configurados [...]. (STJ – TP 2793/SP (2020/0145417-1) (Dec. Monocrática), Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 22/06/2020).

103. Francisco Romero Junior e Tereza Rodrigues Vieira, Animais, divórcio e o direito, 188.

seus animais, é concedido o mesmo regime de convivência, até para que não haja distanciamento de convívio ou chance de ser feita alguma espécie de chantagem por parte de quem ficou com a guarda do animal, mas não detém a guarda do filho.

Na ação também é estabelecido o pagamento de **verba de natureza alimentar**, para custear ração, tosa, vacinas, consultas veterinárias e outras necessidades.

A **adoção** de animais de companhia e de estimação é uma prática cada vez mais recorrente e traz implicações no campo jurídico, notadamente quando se considera os animais como sujeitos de direitos. Nesse sentido, surge o debate acerca do regramento que deve ser observado para se garantir os direitos relativos aos animais adotados.[104]

A legitimidade do animal não humano para compor a relação processual no polo ativo ainda depende da carência legal, legitimidade que lei deveria estabelecer, visto que o direito fundamenta outros legitimados com características semelhantes. O simples fato de não ser pessoa não é suficiente para ser obstáculo diante da busca de tutela de seus direitos, pois a lei confere aos incapazes, às pessoas jurídicas, à herança e ao condomínio a possibilidade de estarem em juízo, desde que tenham um representante humano.[105]

LEITURA COMPLEMENTAR

BICCA, Charles. *Abandono Afetivo*: o dever de cuidado e responsabilidade civil por abandono de filhos. Brasília: OWL, 2015.

CHAVES, Marianna. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável*: reconhecimento da família multiespécie? Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental:* realidades que a justiça insiste em não ver. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

FILAGRANA, Tatiana C. dos Reis. *Responsabilidade Civil nos casos de alienação parental*. Florianópolis: Voxlegem, 2017.

104. Gilberto Ferreira Marchetti Filho ■ Tereza Rodrigues Vieira, Adoção de animais de companhia e estimação na família multiespécie, 133.

105. Antonio Luiz de Oliveira Alves e Tereza Rodrigues Vieira, A tutela dos direitos dos animais de estimação sob a ótica processual civil, 379.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

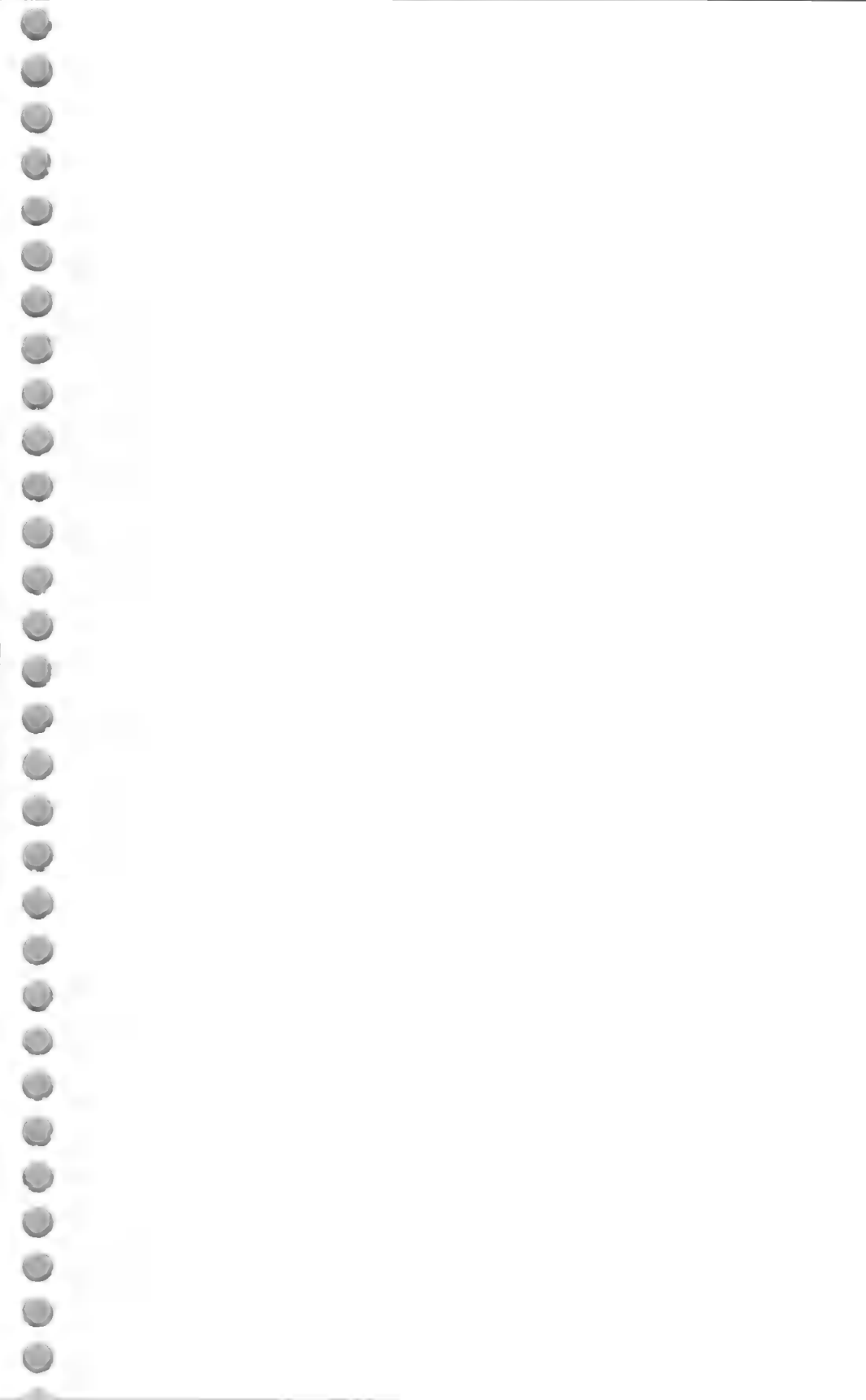
LAGRASTA NETO, Caetano. Alienação parental. In: _______; SIMÃO, José Fernando (coords.). *Dicionário de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1: A-H. p. 50-53.

MADALENO, Rolf; _______; MADALENO, Rafael. *Guarda compartilhada*: física e jurídica. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

OLIVEIRA, Euclides. Alienação parental e as nuances da parentalidade: guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 283-348.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM; Magister, Belo Horizonte, ano XIII, n. 29, p. 5-19, ago.-set. 2012.

SILVA, Camilo Henrique; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Disputa pelo animal de estimação após o divórcio. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; _____. (coords.). *Animais*: Bioética e Direito. Brasília: Portal Jurídico, 2016. p. 71-86.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; SILVA, Camilo Henrique (coords.). *Família multiespécie:* animais de estimação e Direito. Brasília: Zakarewics Editora, 2020.

16

DIREITO DO IDOSO

Sumário: 16.1. Tentativa conceitual – **16.2.** Doutrina da proteção integral – **16.3.** Estatuto do Idoso – **16.4.** Idoso na Justiça – **16.5.** Alimentos – **16.6.** Direito de casar – **16.7.** Adoção – **16.8.** Alienação parental e abandono afetivo – **16.9.** Tutela e curatela – Leitura complementar.

Referências legais: CR 230; CC 1.641 II e 1.736 II; CPC 53 III *e* e 1.048 I; Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso - EI); Lei 8.842/1994 (Política Nacional do Idoso); CP 244, 171 § 4.º; Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha - LMP) 13.

16.1. TENTATIVA CONCEITUAL

A palavra *velho* é considerada politicamente incorreta e dispõe de conteúdo ofensivo. Daí o uso do vocábulo *idoso*, que também guarda conotação pejorativa. Por isso, há uma série de expressões que tentam suavizar a identificação das pessoas que somente deixaram de ter plena capacidade competitiva na sociedade: terceira idade, melhor idade, adulto maduro, adulto maior etc. Até parece que usar palavras vai fazer alguns anos desaparecerem. É quase como a expressão usada com relação aos automóveis. Não mais se usa *carro usado* e sim *seminovo*, ainda que o carro seja o mesmo!

Sempre foi alvo de questionamentos com que idade, afinal, alguém se torna um idoso. Com o advento do **Estatuto do Idoso** essa dúvida se dissipa. É *idoso* quem tem idade igual ou superior a **60 anos** (EI 1.º). Aliás, cabe lembrar que o envelhecimento se tornou um **direito personalíssimo**! (EI 8.º).

16.2. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama o direito à *segurança na velhice* (XXV 1). A Constituição da República, modo expres-

so, veda discriminação em razão da idade (CR 3.º IV). Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar ao idoso participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como garantindo-lhe o direito à vida (CR 230). O preceito não se refere apenas à assistência material ou econômica, mas também às necessidades afetivas e psíquicas.[1]

Assegurada **assistência social** à velhice, independentemente de contribuição securitária, é garantido ao idoso um **salário mínimo** de benefício mensal, quando comprovado não possuir ele ou sua família condições de prover a própria manutenção (CR 203 V e Lei 8.742/1993 20). Determinada a adoção de **políticas de amparo** aos idosos, devem os programas ser executados, preferentemente, em seus lares (CR 230 § 1.º). Também é deferido, aos maiores de 65 anos, transporte gratuito nos coletivos urbanos.

A doutrina da proteção ao idoso, de nítido caráter **assistencialista**, é mais uma tentativa do Estado de desonerar-se de seu dever de proteger seus cidadãos. Como adverte Alice Birchal, outra não pode ser a postura estatal, pois o acanhado e lastimável sistema de previdência social, completamente desestruturado e injusto, não permite solução diferente, senão repassar à família e à sociedade o encargo de cuidar dos seus ascendentes.[2]

16.3. ESTATUTO DO IDOSO

Para cumprir os desígnios do comando constitucional, o Estatuto do Idoso, em 118 artigos, consagra uma série infindável de prerrogativas e direitos às pessoas de mais de 60 anos. Porém, os maiores de 65 anos são merecedores de cuidados ainda mais significativos. Não se trata de um conjunto de regras de caráter programático, pois são normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que têm aplicação imediata (CR 5.º § 1.º).

O Estatuto se constitui em um **microssistema** e tem o mérito de reconhecer as necessidades especiais dos mais velhos, estipulando obrigações ao Estado. Deve ser considerado como um verdadeiro divisor de águas na proteção do idoso.

Crianças e idosos encontram-se em polos opostos do ciclo existencial, mas ambos, ainda que por motivos diversos, são merecedores de tutela especial. Da mesma forma como existe lei protetiva da criança e do adolescente, também há lei para o idoso. Ambos, avós e netos, recebem proteção diferenciada. E essa proteção não dispensa criterioso exame da

1. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 127.
2. Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós no Direito de Família:..., 54.

situação contextual em que se inserem seus protagonistas.[3] Os respectivos estatutos (ECA 98 e EI 43) identificam as mesmas situações que colocam crianças e idosos em **situação de risco**:

I – ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II – falta, omissão ou abuso da família, pais, responsáveis, curador ou entidade de atendimento; e

III – sua conduta ou condição pessoal. Assim, como a criança, o idoso também é protegido constitucionalmente.

Além de serem indicados os direitos dos idosos, o Estatuto identifica os obrigados a dar-lhes efetividade (EI 3.º *caput*): a **família**, a **comunidade**, a **sociedade** e o **poder público**.

Além de elencar as garantias prioritárias, também o Estatuto veda qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão (EI 4.º). Gera a **responsabilidade** de pessoas físicas e jurídicas que não observarem as regras de proteção ao idoso (EI 5.º). Fora isso, são assegurados alguns benefícios de ordem econômica: prioridade para aquisição de moradia própria (EI 38); descontos em atividades culturais e de lazer (EI 23); bem como isenção e redução de tarifas nos transportes coletivos públicos (CR 230 § 2.º e EI 39). Igualmente, é garantido direito à educação, cultura e lazer (EI 20); à profissionalização (EI 28) e ao trabalho (EI 26). Quanto à saúde, é deferida atenção integral (EI 15 a 19).

A Constituição prioriza o acolhimento do idoso em seu próprio lar (CR 230 § 1.º), sendo-lhe assegurado direito à **moradia digna** (EI 37), no seio de sua família natural ou substituta. Para identificar esses conceitos é necessário recorrer ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que define **família natural** como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (ECA 25). Traz o conceito de família extensa ou ampliada (ECA 25 parágrafo único): o parente com o qual existe um vínculo de afetividade e convivência. Já a **família substituta** nasce da situação de guarda, tutela ou adoção (ECA 28). Encontrando-se o idoso em situação de risco social, cabe seu acolhimento por adulto ou núcleo familiar (EI 36), instituto que equivale à **guarda**.[4] Em vez de tutela, cabe a **curatela**, não havendo qualquer impedimento para que ocorra a **adoção**, instituto que se aplica ao idoso.[5] Assim, é garantido à pessoa idosa o direito à **convivência familiar**

3. Maria Aracy Menezes da Costa, Os limites da obrigação alimentar dos avós, 233.
4. Oswaldo Peregrina Rodrigues, A pessoa idosa e sua convivência em família, 409.
5. Idem, Estatuto do Idoso:..., 778.

e comunitária, mesma prerrogativa de que gozam crianças e adolescentes (CR 227 e ECA 19 ss.).

Nos **programas habitacionais**, o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, sendo-lhe reservados 3% das unidades habitacionais, que devem preferentemente situar-se no pavimento térreo (EI 38).

16.4. IDOSO NA JUSTIÇA

O Estatuto somente sugere – não impõe – a criação de **varas especializadas** e exclusivas ao idoso (EI 70).

O conteúdo abrangente do princípio da proteção integral, que impõe à família garantir, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos do idoso, confere **legitimidade** a todos os parentes para representá-lo e defendê-lo em juízo.

Os processos gozam de **prioridade na tramitação** (EI 71 e CPC 1.048 I). Mesmo com o falecimento da parte, prossegue a prioridade em favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente (CPC 1.048 § 3.º).

Visando a facilitar acesso à Justiça, é assegurado ao idoso **foro privilegiado** – direito de demandar no juízo do seu domicílio (CPC 53 III e EI 80). Como se trata de competência **territorial**, inconveniente a definição da competência como **absoluta**. Deve ser permitido ao idoso abrir mão dessa prerrogativa. A expressão legal não consegue afetar a natureza da regra de competência, sob pena de sua intenção protetora ter efeito contrário, podendo desatender aos seus interesses. Nada pode impedir que alguém, por ter mais de 60 anos, não tenha o direito de propor a ação no domicílio do réu.

O Código de Processo Civil empresta duplo efeito a todos os **recursos**: devolutivo e suspensivo (CPC 1.012 e 1.013). Mas, em se tratando de ação envolvendo interesse de idoso, pode o juiz agregar **efeito suspensivo** aos recursos que não o tenham (EI 85). Trata-se de faculdade concedida ao magistrado, e não direito assegurado à parte de impedir o cumprimento da sentença antes mesmo de seu trânsito em julgado.

Como existe a **responsabilização pessoal** de quem não observa as normas de prevenção (EI 5.º), o eventual retardamento no julgamento de uma ação pode gerar a responsabilidade pessoal do juiz.

É outorgada legitimidade ao **Ministério Público** para atuar como **substituto processual** (EI 74 III) sempre que o idoso se encontrar em

situação de risco (EI 43). Apesar de determinada a participação do agente ministerial em todos os processos e procedimentos na defesa dos direitos e interesses do idoso (EI 75), sob pena de **nulidade absoluta** (EI 77 e CPC 279), quando o direito é **disponível**, o idoso é **capaz** e não se encontra em situação de **vulnerabilidade**, essa exigência não tem aplicação.

A **Lei Maria da Penha** (Lei 11.340/2006) determina a aplicação subsidiária da lei específica relativa ao idoso (LMP 13). Assim, quando a vítima de violência doméstica contar com mais de 60 anos, não há como aplicar a Lei dos Juizados Especiais. Prevalece a Lei Maria da Penha, em razão de seu caráter ainda mais protetivo. Nesses casos, ainda que a pena máxima cominada ao delito seja inferior a dois anos, jamais se aplica a LJE, nem seu procedimento, nem seus benefícios.

16.5. ALIMENTOS

O direito a alimentos é reconhecido como **direito social** (CR 6.º).

Trata-se de direito decorrente do dever de **solidariedade familiar** (CC 1.694). Obrigação que tem por princípio a reciprocidade. Assim, para o idoso buscar alimentos dos seus descendentes, é indispensável que tenha bem desempenhado as obrigações decorrentes do poder familiar. Há um viés **ético** a ser respeitado.[6] O **procedimento indigno** do credor faz cessar a obrigação alimentar (CC 1.708 parágrafo único).

Na ausência de condições do idoso, bem como de seus familiares, de lhe prover o sustento, a obrigação alimentar é imposta ao **poder público**, no âmbito da **assistência social** (CR 203 V; EI 14). Trata-se do **dever de amparo**, nada mais do que a obrigação do Estado de lhe prestar alimentos. Aliás, o valor dos alimentos – pelo menos a quem tem mais de 65 anos – está previamente definido: um salário mínimo mensal (CR 203 V; EI 34 e Lei 8.742/1993 20).

A obrigação alimentar estipulada por **acordo** referendado pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública **constitui título executivo**

6. Ação de alimentos em favor de pessoa idosa. Lei n. 10.741/2003 – Estatuto do Idoso. Demanda movida pelo pai em desfavor de uma das filhas. Sentença de improcedência. Recurso do autor. Princípio da solidariedade alimentar entre parentes. Necessidade não demonstrada. Abandono material e afetivo, por parte do postulante, em relação à filha requerida, por mais de quinze anos, durante o exercício do poder familiar. Reciprocidade alimentar não havida. Autor inadimplente em execução de alimentos promovida pela demandada. Dever de prestar alimentos inexistente. Precedentes. Recurso conhecido e desprovido. [...] (TJSC – AC 0302430-31.2017.8.24.0091, 4ª C. Dir. Civ., Rel Luiz Felipe Schuch, j. 09/07/2020).

extrajudicial (EI 13). Assim também quando é referendado pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal (CPC 784 IV). O débito pode ser executado pelo rito da **prisão** (CPC 911).

A mais significativa alteração introduzida pelo Estatuto foi explicitar que a obrigação de alimentos não é somente **solidária**, é **conjunta**, podendo o credor optar entre os prestadores (EI 12). O idoso pode acionar, indistintamente, qualquer dos obrigados. A assertiva solve antiga controvérsia doutrinária. Sempre prevaleceu o entendimento de que a obrigação alimentar entre parentes era subsidiária, divisível e não solidária.[7] Ainda que seja encargo que tenha origem na **solidariedade familiar**, enorme era a dificuldade de considerar que a obrigação tem igual natureza. O fato de estar condicionada à possibilidade de cada prestador – o que decorre do princípio da proporcionalidade – não muda a sua natureza. O que estabelece o Código Civil é a **subsidiariedade** da obrigação concorrente (CC 1.696 e 1.697). Em sede de alimentos ao idoso, como o credor pode eleger um dos obrigados, o escolhido não pode **chamar a juízo** os demais obrigados (CC 1.698).

Assegurada de modo inquestionável a solidariedade com relação ao idoso, não há como deixar de invocar a mesma prerrogativa, à obrigação alimentar a favor de **crianças e adolescentes**. É absolutamente inconstitucional emprestar tratamento distinto a idosos e jovens, que gozam de proteção especial, principalmente com referência ao direito à subsistência.

Passando a obrigação de alimentos a ser regida pela regra da solidariedade (CC 275), necessário reconhecer que surge o **direito de regresso** entre os alimentantes (CC 283). Por exemplo, acionado somente um dos filhos, pode este buscar o reembolso dos irmãos, pelas respectivas quotas-partes. Tal direito, no entanto, está condicionado à possibilidade de cada um dos devedores solidários. Ainda que a solidariedade ocorra entre todos os parentes, cabe invocar a regra da **proximidade** (CC 1.696) limitando-se o direito ao reembolso no âmbito do mesmo grau de parentesco.

16.6. DIREITO DE CASAR

Apesar de assegurados todos os direitos e garantias aos idosos, mantém-se contra eles injustificável discriminação. Quem pretende casar após completar 70 anos terá subtraída a plenitude de sua capacidade, pois não

7. Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 129.

poderá eleger o **regime de bens** que lhe aprouver. Absurdamente é imposto o regime da **separação legal**, que gera a incomunicabilidade para o passado e para o futuro (CC 1.641 II). Ou seja, o casamento não produz efeitos patrimoniais.

Tratando-se de norma protetiva, o correto seria estabelecer, de forma obrigatória, o regime da comunhão parcial, que é o vigorante quando os nubentes nada convencionam por meio de pacto antenupcial. Impor o regime da separação total, inclusive com referência ao patrimônio adquirido após o casamento, dá ensejo à ocorrência de perversas injustiças. Esta constatação levou o STF, já no ano de 1964, a editar a Súmula 377,[8] que simplesmente **alterou o regime** imposto pela lei. Ao autorizar a comunhão dos bens adquiridos durante o casamento, acabou o Poder Judiciário tornando o dispositivo legal letra morta, transformando o regime da separação total de bens no **regime da comunhão parcial**.

A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é para lá de **inconstitucional**. A restrição à escolha do regime de bens vem sendo reconhecida como clara afronta ao cânone constitucional de respeito à **dignidade**, além de desrespeitar os princípios da igualdade e da liberdade. Ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.[9]

A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e através do processo judicial de interdição (CPC 747 a 758). O Estatuto da Pessoa com Deficiência veio resgatar a dignidade e assegurar os direitos civis a quem tem limitações físicas ou psíquicas, a ponto de se afirmar que nem existe mais ação de interdição, mas somente **curatela** específica, para determinados atos.[10]

O mais curioso é que uma pessoa com deficiência pode casar (CC 1.550 § 2.º), manifestando sua vontade por meio de seu representante, sem qualquer restrição quanto ao regime de bens. Mas o fato de alguém ter mais de 70 anos, ainda que seja absolutamente capaz, não tem a mesma liberdade. Como diz Zeno Veloso, o idoso, só por ser idoso, não é civilmente incapaz. Portanto, não tem contra si a presunção de que lhe faltem os atributos da consciência e volição necessários para o consentimento matrimonial em

8. STF – Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.
9. Rolf Madaleno, Do regime de bens entre os cônjuges, 223.
10. Paulo Lôbo, Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.

todas as suas dimensões e com todas as suas consequências. A proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige à terceira idade.[11]

É vedada a livre escolha do regime de bens quando do casamento, mas não incide a mesma proibição para a **alteração do regime** (CC 1.639 § 2.º). Podem buscar a alteração mesmo que um já tenha 70 anos. No entanto, só existe essa possibilidade se o casamento aconteceu antes de um dos noivos ter atingido a indigitada idade.

A restrição legal é ao casamento, mas a tendência da jurisprudência é impor a mesma limitação à **união estável**. É feita interpretação analógica para excluir direito.

16.7. ADOÇÃO

A possibilidade é linda, ainda que o nome que está sendo utilizado seja horrível: adoção inversa.

Diz com o direito de uma pessoa mais jovem adotar um idoso, que passa a figurar no registro civil como pai, e não como filho. Este tema ganhou destaque a partir da ampla divulgação que mereceu o fato de uma enfermeira adotar uma pessoa que desde a infância morava no hospital em que ela trabalhava. Quando a instituição ia ser fechada, ela não conseguiu imaginar o que seria daquela senhora com sérias limitações físicas e psíquicas. Então, a adotou. E ela passou a chamar a enfermeira de mãe.

A repercussão deste fato talvez motive as pessoas a atentarem a esta triste realidade. Pessoas que são abandonadas e esquecidas em hospitais ou em abrigos. Lá elas perdem contato com o mundo exterior.

Envelhecem sem um lar, uma família.

Certamente ninguém havia pensado nesta possibilidade. Mas, como a vida é mais rica do que a imaginação do legislador, não há como negar chancela jurídica a este vínculo de convivência, impondo deveres e assegurando direitos.

16.8. ALIENAÇÃO PARENTAL E ABANDONO AFETIVO

Idade avançada não implica **incapacidade** ou **deficiência**. No entanto, é inegável que traz limitações de toda a ordem. Quando ocorre interferência

11. Zeno Veloso, Direito Civil, 240.

indevida na livre consciência da pessoa idosa, justifica-se a intervenção estatal. É necessário coibir que alguém próximo ao idoso, que exerce sobre ele algum tipo de influência, aproveite-se de sua fragilidade e passe a programá-lo para que venha a ignorar ou até mesmo odiar seus familiares.

Esse processo de desqualificação é geralmente praticado quando o idoso constitui outra família. O novo cônjuge ou companheiro tenta desqualificar os filhos ou parentes do relacionamento anterior, evitando a convivência entre eles. A tendência é o próprio idoso aderir ao processo de desmoralização e descrédito dos seus familiares e passa a rejeitar qualquer tipo de contato.

Impossível não reconhecer que se trata de **alienação parental**, ainda que tais práticas sejam objeto de lei quanto a crianças e adolescentes (Lei 12.318/2010). Flagrada a tentativa de construir injustificável rejeição para com quem o idoso tinha afinidade ou afeição, cabe a aplicação das mesmas sanções. Quem está sendo alijado pode buscar judicialmente o direito de convivência e, inclusive, a penalização do alienador.

Para a fixação do direito de visitas não é necessária a prova da **incapacidade** do idoso ou o decreto de sua **curatela**. A comprovação de sua vulnerabilidade e do uso dessas práticas é o que basta.

A alienação normalmente é praticada quando existe uma relação de confiança, como um familiar, o cuidador ou pessoa que exerce algum tipo de influência em sua vida. Em todas essas circunstâncias, a atuação maliciosa do agente alienador é facilitada em razão da condição de vulnerabilidade do outro.

Com o propósito de provocar o afastamento do idoso do núcleo familiar, são utilizados falsos argumentos, como o de que ele está sendo abandonado ou enganado pela família. Como diz Cláudia Barbedo, as manipulações podem vir de ordens diversas, seja pela imputação falsa de crime a um dos familiares, seja pela desmoralização deles. No primeiro caso, o cuidador implanta na memória do idoso que determinado familiar é ladrão e, por isso, irá, inevitavelmente, roubar o seu patrimônio. No segundo caso, faz campanha desmoralizando os outros familiares no sentido de cessar o interesse do idoso por eles e, com isso, afastá-los da convivência em família.[12]

Levadas a efeito com relação a crianças, adolescentes, idosos ou pessoas com deficiência, atos de alienação configuram severa violação ao direito fundamental à convivência familiar, prejudicando a subsistência dos vínculos afetivos, a evidenciar verdadeiro **abuso moral** (Lei 12.318/2010 3).

12. Cláudia Gay Barbedo, A possibilidade de ser estendida a..., 153.

Como o avançar da idade gera a necessidade de mais cuidados e maior atenção, muitas vezes o idoso passa a ser considerado um estorvo. Os familiares têm suas próprias famílias, precisam trabalhar e, no mais das vezes, não têm mais nem tempo, nem paciência para cuidar de quem cuidou deles durante toda uma vida. A terceirização de tais encargos – quer com a contratação de pessoas nem sempre qualificadas ou a remoção para as chamadas casas de repouso – acaba relegando o idoso ao esquecimento. Filhos, netos e demais parentes deixam de visitá-lo, principalmente quando a comunicação entre eles é dificultada pelas limitações próprias da idade. E a falta de afeto e estímulo só debilita ainda mais quem se tornou frágil e carente com o avanço dos anos.

Flagrada essa realidade, há que se reconhecer a ocorrência de **abandono afetivo**, de nefastas consequências já concebidas pela Justiça, quando a omissão diz com crianças e adolescentes. Quando se trata de pessoa idosa, chama-se de **abandono afetivo inverso**: o inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes, conforme impõe a Constituição da República (230). Afinal, os idosos também sofrem com a falta de convivência com os seus afetos.[13] Esta é a posição de Álvaro Vilaça de Azevedo: o descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se reserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade diante do descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença.[14]

Além da norma constitucional, o Estatuto do Idoso contempla a base legal para a **responsabilidade civil** em caso de abandono do idoso (EI 4º, 5º e 6º). É do autor o ônus de demonstrar: que se trata de pessoa carente, necessitando, portanto, de auxílio de terceiros; ou então enferma, que sofre de determinadas patologias que exigem igualmente o cuidado de outrem.[15]

16.9. TUTELA E CURATELA

É assegurado ao idoso um "privilégio": pode escusar-se do exercício da tutela e da curatela. Ainda que os **ascendentes** tenham **preferência** para

13. IBDFAM – Enunciado 10: É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos.
14. Alváro Villaça Azevedo, Código Civil anotado e legislação complementar, 32.
15. Fábio de Andrade e Gabriela Teixeira, Descumprimento de deveres no âmbito familiar..., 46.

serem nomeados tutores (CC 1.731 I), quem tiver mais de 60 anos pode declinar da nomeação (CC 1.736 II). Igualmente, se estiver exercendo a tutoria, no prazo de 10 dias, a contar da data em que atingir tal idade, pode eximir-se do encargo (CC 1.738).

Quanto à curatela, na ausência de cônjuge ou herdeiro, estão contemplados no rol legal os ascendentes para o desempenho desse encargo (CC 1.775 § 1.º). Só que ao idoso aproveita o direito de escusa, pois se aplicam à curatela as disposições concernentes à tutela (CC 1.774).

LEITURA COMPLEMENTAR

BORGES, Alexandre Walmott; SANTOS, Eduardo Rodrigues dos; MARINHO, Sergio Augusto. O estatuto do idoso – análise sobre a autonomia dos direitos fundamentais da lei em relação aos direitos fundamentais constitucionais. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane, Araújo (coords.). *Temas contemporâneos de Direito das Famílias.* São Paulo: Editora Pillares, 2013. p. 265-286.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CASTRO, Diana Loureiro. A releitura do instituto da capacidade à luz da autonomia do idoso nas relações existenciais. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez. p. 35-60.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao Estatuto do Idoso.* 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

OLIVEIRA, Katia Cristine Santos de. O papel do idoso no contexto da família contemporânea. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e (coords.). *Problemas da família no Direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. Proteção dos idosos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 343-366.

17

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS AVÓS

Sumário: 17.1. Aspectos históricos – **17.2.** Direito à ancestralidade – **17.3.** Obrigação alimentar – **17.4.** Direito de convivência (visitas) – **17.5.** Guarda – **17.6.** Tutela e curatela – Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.591, 1.594, 1.696, 1.698, 1.731 I; L 6.015/73 (Lei de Registros Públicos – LRP) 54 8.º; ECA 25 parágrafo único; L 12.398/11; L 12.318/10 (Alienação Parental) 2.º, VI e VII.

17.1. ASPECTOS HISTÓRICOS

Depois do direito à vida, talvez nada seja mais importante do que o direito à família, lugar idealizado onde é possível, a cada um, integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal de felicidade, na feliz expressão de Giselda Hironaka.[1] Todo ser humano pertence a uma família.

Antes a família era **extensa**, formada não só pelos ascendentes e descendentes, mas também por outros parentes e agregados. A feição rural da sociedade exigia força de trabalho. Com a Revolução Industrial a família migrou para os grandes centros. Passou a residir em casas menores e tornou-se **nuclear**: os pais e seus descendentes.

O aumento da perspectiva de vida provocou alterações também na formatação da família. Os idosos não mais podem ser desconsiderados no universo das relações familiares e os avós surgem como uma nova figura em busca de um espaço afetivo.[2]

1. Giselda Hironaka, Direito Civil: estudos, 21.
2. Lourival Serejo, Direito dos avós, 76.

Essa reconfiguração recebeu o nome de **família extensa ou ampliada**, quando existem vínculos de afinidade e afetividade de uma criança ou adolescente para com algum parente (ECA 25 parágrafo único).

17.2. DIREITO À ANCESTRALIDADE

Ao nascer, todo mundo recebe o nome dos pais e dos avós, sinal de identificação de sua ancestralidade. Ao menos é isso que deve figurar no registro de nascimento. Na ausência de algum desses dados, surge o direito de conhecer a origem do grupo familiar, dos vínculos de parentesco. A busca da ancestralidade é um **direito de personalidade**, direito esse que dispõe de proteção constitucional (CR 5.º e 226).[3] Conhecer a sua origem permite saber quem são os pais, os avós e os demais parentes. Mesmo na adoção há o direito de conhecer a origem biológica (ECA 48). Os vínculos familiares são perenes e se estendem ao infinito no parentesco em linha reta (CC 1.591 e 1.594), ainda que, na linha colateral, sejam limitados ao quarto grau (CC 1.592).

Com a repersonalização do direito das famílias, o indivíduo aparece encharcado de direitos, o que tem levado a questionamentos, em sede doutrinária e jurisprudencial, sobre a possibilidade de o filho investigar a sua ancestralidade, ou seja, a **paternidade de seu pai**. A indagação mais frequente é: falecido alguém que nunca buscou identificar sua paternidade, pode o seu filho intentar ação investigatória contra o suposto avô? Será que só o filho pode inquirir seu pai, ou o neto também pode fazê-lo? Tal pretensão parece encontrar óbice na lei (CC 1.606): *A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.* Trata-se do que se chama de **ação personalíssima**. Pelo que está dito, somente na hipótese de alguém falecer menor ou incapaz é que o direito de propor ação investigatória de paternidade passaria a seus herdeiros.

Partindo da expressão legal, a tendência da jurisprudência sempre foi vedar a ação do herdeiro do falecido diretamente contra os avós, buscando identificar a ancestralidade para fins patrimoniais e sucessórios. O fundamento seria a falta de **legitimidade** dos netos para buscar a identificação da verdade biológica com referência ao genitor já falecido. Para tentar solver a controvérsia, cabe questionar qual a extensão da palavra "filiação". Partindo da premissa de que os graus de parentesco em linha reta são in-

3. Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós no Direito de Família:..., 43.

finitos, só tendo limite na linha colateral, Alice de Souza Birchal sustenta que é necessário estender o significado de filiação para toda a linha reta e também para a colateral.[4]

A prerrogativa de ver reconhecida a relação de parentesco constitui **direito próprio**, personalíssimo, com relação ao nome e à ancestralidade. Não se cuida de exercício do direito de ação em nome de outrem, ou seja, do neto, em nome do pai, para investigar a paternidade deste perante o seu genitor. A **ação investigatória de ancestralidade** é proposta pelo neto perante o avô. O autor age **em nome próprio**, não se tratando de **legitimação extraordinária.** Nem mesmo o equívoco na identificação da ação pode obstaculizar a pretensão. Se o filho não quer exercer seu direito contra o genitor, não se pode proibir que seu filho busque conhecer o avô, sob pena de negar ao neto o exercício de direito **nativo de personalidade**.[5] Não é necessário que o pai já tenha falecido para se reconhecer a legitimidade do neto para propor a ação contra o avô. O ECA não deixa margem a dúvida (ECA 27): *O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição (...).* Assim, não tendo o filho buscado o direito à perfilhação, o neto pode exercer o seu direito personalíssimo ao nome, investigando o avô.[6]

Ainda há severa resistência em sede jurisprudencial, mas o STJ vem consolidando a orientação e ampliando a possibilidade investigatória para que os netos possam dirigir a ação diretamente contra os avós. Da demanda, no entanto, nem sempre resultam efeitos jurídicos. A tendência sempre foi autorizar a alteração da identidade do investigante e assegurar-lhe algum direito de ordem patrimonial a depender da sua situação familiar. Somente na hipótese de o autor não ter vínculo de filiação, isto é, não desfrutar com relação a ninguém da **posse do estado de filho**, é que a demanda acarretava o reconhecimento da paternidade para todos os efeitos. Deste modo, além da alteração do nome, fazia jus a direitos outros, tanto no âmbito do direito das famílias como no campo sucessório. No entanto, se o autor já tivesse estabelecido um vínculo de **filiação afetiva** com outrem, ou seja, tivesse um pai, ainda que não fosse o seu pai biológico, a sentença não produzia efeitos retificativos do registro de nascimento. Ainda que o filho tivesse legitimidade para propor a demanda investigatória da paternidade,

4. Idem, 45.
5. Belmiro Pedro Welter, Investigação de paternidade: legitimidade passiva na ação, 33.
6. Idem, 34.

a sentença, ao reconhecer a existência da filiação socioafetiva, limitava-se a declarar a existência do estado de filiação. Não produzia efeito constitutivo. Simplesmente reconhecia o direito do autor de conhecer sua identidade, sem que tal ensejasse repercussão de qualquer ordem.

No entanto, de modo significativo e reiterado vem a jurisprudência reconhecendo o direito à **multiparentalidade**[7] e, via de consequência, o registro em nome de mais de um pai ou mais de uma mãe, desde que comprovada a existência da posse de estado de filho com relação a quem não é o genitor biológico. Deste modo, alguém pode ter mais de dois pais e de quatro avós. O registro dispõe de todos os efeitos, inclusive sucessórios.

Nessas decisões, a **eficácia da sentença** não está subordinada à inexistência da filiação afetiva. Mesmo na hipótese de o filho desfrutar dessa condição com relação ao pai registral, o vínculo biológico é também reconhecido para todos os efeitos. A resistência que ainda persiste é de natureza patrimonial: como o autor já tem um pai – vínculo de origem afetiva –, não poderia obter o reconhecimento judicial de que tem outro pai – o pai biológico –, pois ficaria com duplo vínculo de filiação. Com isso poderia, por exemplo, perceber direitos sucessórios de ambos os genitores, o que, absurdamente, é reconhecido como inaceitável.

17.3. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Tanto a Constituição da República (229) como o Código Civil (1.696) reconhecem a reciprocidade da obrigação alimentar entre pais e filhos, obrigação que se estende a todos os **ascendentes**, recaindo sempre nos mais próximos. Se o pai que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer aqueles de grau imediato (CC 1.698). Tais dispositivos legais deixam claro que a obrigação alimentar, primeiramente, é dos pais, e na ausência de condições destes, transmite-se aos seus ascendentes, isto é, aos avós, que são os parentes em grau imediato mais próximo.

No entanto, a jurisprudência insiste em ignorar essas normas sob o fundamento de que a obrigação é dos pais e, na omissão de um deles, o ônus passa para o outro genitor. Somente se nenhum dos dois tiver condições de prover ao sustento dos filhos é que se poderia invocar a responsabilidade dos

7. STF – Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

avós.[8] O fato de a lei fazer uso da palavra **pais**, no plural, ao atribuir-lhes o poder familiar, não quer dizer **ambos os pais**, e sim **qualquer dos pais**.

O avô que tem condições econômicas só deve ser chamado a contribuir quando seu filho deixar de atender à obrigação de sustento do neto. O fato de o detentor da guarda ter algum rendimento não pode excluir a responsabilidade do ascendente. De todo injustificável submeter uma criança a viver limitada à acanhada disponibilidade de seus genitores, quando possui avô que pode complementar a carência dos pais. Cabe invocar o princípio da **proporcionalidade** entre os ganhos do guardião e a situação econômica do ascendente. Se o pai não estiver pagando nada ou estiver pagando pouco, cabe chamar o avô para complementar o encargo. O fato de o genitor, que tem o **filho** sob sua guarda, auferir alguma renda não afasta a responsabilidade dos ascendentes em alcançar alimentos ao neto.

A obrigação alimentar dos avós está condicionada mais às **necessidades** dos netos do que às **possibilidades** dos avós. Assim, o só fato de o avô desfrutar de boa situação financeira não significa que o encargo alimentar deva ser fixado de forma proporcional aos seus ganhos. O limite é o quanto o neto necessita para atender às suas necessidades, as quais os pais não conseguem suprir. Os alimentos visam à manutenção do alimentado, e não ao seu enriquecimento.[9]

Quando o filho sabe que o pai não tem condições de pagar-lhe alimentos, pode entrar com a ação contra o pai e o avô, formando um **litisconsórcio facultativo sucessivo eventual**. Comprovada a impossibilidade do pai, já ocorre a condenação do avô, o que em muito agiliza o recebimento dos alimentos.[10]

Quer pela natureza excepcional, subsidiária e complementar da obrigação dos avós, quer por se tratarem de pessoas com mais idade, o fato é que sempre repercute desfavoravelmente na mídia quando é de decretada

---

8. Ação de alimentos avoengos. Inclusão dos avós maternos no polo passivo. Cabimento. Embora não seja solidária a obrigação alimentar avoenga, é possível o chamamento dos avós não demandados para integrar o feito, no qual os alimentos avoengos poderão ser rateados entre os coobrigados na medida de suas possibilidades, à luz do artigo 1.698 do Código Civil. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Agravo conhecido e provido. Decisão reformada. (TJGO – AI 00365216620198090000, 6ª C. Cív., Rel. Fausto Moreira Diniz, j. 14/08/2019).
9. Maria Aracy Menezes da Costa, Os limites da obrigação alimentar dos avós, 69.
10. Luciano Souto Dias e Talita Figueiredo Souza, Alimentos avoengos:..., 125.

a **prisão dos avós** por inadimplemento da obrigação alimentar. Daí a tendência de relativizar a apenação.[11]

17.4. DIREITO DE CONVIVÊNCIA (VISITAS)

Quando a Constituição e o ECA asseguram o direito à **convivência familiar**, não estabelecem limites. Como os vínculos parentais não se esgotam entre pais e filhos, o direito de convivência estende-se aos avós e a todos os demais parentes, inclusive aos colaterais. O direito de visitas entre avós e netos já era reconhecido pela jurisprudência, antes mesmo ser incluído no Código Civil (1.589 parágrafo único) e consagrado na Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010 2.º VI e VII).

Trata-se de direito que atende ao **melhor interesse** de crianças e adolescentes de desfrutarem da companhia de seus familiares, havendo também o direito dos avós de conviverem com seus netos.[12]

Vislumbrando-se indícios de **alienação parental** na resistência injustificada dos genitores, possível a imposição de multa por cada descumprimento.[13] Tem fundamento no seu direito de personalidade de ser visitada

11. JCJF – Enunciado 599: Deve o magistrado, em sede de execução de alimentos avoengos, analisar as condições do devedor, podendo aplicar medida coercitiva diversa da prisão civil ou determinar seu cumprimento em modalidade diversa do regime fechado (prisão em regime aberto ou prisão domiciliar), se o executado comprovar situações que contraindiquem o rigor na aplicação desse meio executivo e o torne atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio de proteção aos idosos e garantia à vida.
12. Regulamentação de visitas em favor da avó. Cabimento. Ampliação. [...] 3. Mesmo que inexista vínculo de consanguinidade, a autora era casada com o avô materno e a autora morou em sua companhia durante expressivo lapso temporal, estabelecendo com ela intenso vínculo afetivo, exercendo a função avoenga. 4. Como regra deve ser assegurado aos avós o direito de exercer a visitação em relação aos netos e estes, por sua vez, têm o direito de receber o afeto avoengo, estreitar laços de convivência familiar e ampliar a convivência social, pois os filhos não são propriedade dos pais, mas pessoas titulares de direitos, que merecem ser respeitados, bem como de terem, tanto quanto possível, uma vida saudável e feliz. [...] (TJRS – AC 70079187480, 7ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 27/03/2019).
13. Regulamentação de visitas. Decisões que determinaram a entrega de menor à avó paterna, para exercício de direito de visita. Busca e apreensão do menor e fixação de multa para hipótese de descumprimento da medida. Inconformismo dos executados alegando o não descumprimento da determinação, pois mudaram de cidade com ciência da exequente, Descabimento. Descumprimento da determinação judicial comprovado. Recurso desprovido. (TJSP – AI 2034235-95.2019.8.26.0000, 9ª C. Dir. Priv., Rel. José Aparício Coelho Prado Neto, j. 29/05/2020).

por seus ascendentes, não só pelos avós, como também pelos bisavós, irmãos, tios, primos, padrinhos, enfim, por toda e qualquer pessoa que lhe tenha afeto.[14]

17.5. GUARDA

A guarda dos filhos é uma atribuição dos pais no exercício do **poder familiar** (CC 1.634 II). Como há situações em que essa convivência não vem em proveito dos filhos, muitas vezes ocorre a **suspensão** (CC 1.637) ou a **perda** (CC 1.638) do **poder familiar** em relação a ambos os genitores. Igualmente, quando da separação do casal, constatada a inconveniência de os filhos permanecerem na companhia de qualquer dos genitores, a guarda deve ser atribuída a outrem. Nesses casos, cabe ao juiz deferir a guarda da criança ou do adolescente para algum parente a quem revele compatibilidade com a natureza da demanda, considerando, de preferência, o **grau de parentesco** e as relações de **afinidade** e **afetividade** (CC 1.584 § 5.º). O ECA (25 parágrafo único) traz o conceito de **família extensa ou ampliada** e prevê a possibilidade de a guarda ser deferida a outras pessoas na falta eventual dos pais (ECA 33 § 2.º).

Nas hipóteses de os pais não estarem aptos ao exercício do poder familiar, os avós são os primeiros convocados. Talvez não haja pessoas mais indicadas para exercer esse encargo, ao menos em caráter provisório. Como os avós não podem adotar o neto (ECA 42 § 1.º), destituídos os pais do poder familiar, talvez melhor atenda ao interesse do neto que seja ele encaminhado à adoção. Há que atentar se a permanência na estrutura da família biológica não vai lhe gerar maiores prejuízos. O passado sempre estará presente em sua vida e ele não terá alguém para chamar de mãe ou de pai.

Além disso, a guarda é uma relação por demais insegura. Não gera direito de qualquer ordem. A sacralização exacerbada dos vínculos biológicos nem sempre corresponde ao melhor interesse de quem tem direito à convivência familiar.

Quando crianças ou adolescentes estão na guarda de fato dos avós, dúvidas surgem sobre qual é o **juízo competente** para solver controvérsias, se a vara de família ou a vara da infância e da juventude. Não havendo situação de risco (ECA 98), estabelecendo-se a demanda entre os partícipes da entidade familiar, o juiz da família é o competente.

14. Sílvio Neves Baptista, Guarda compartilhada, 48.

Com frequência avós buscam a guarda dos netos com a só finalidade de assegurar-lhes **direitos previdenciários**. A justificativa é que o neto vive com eles. Mas muitas vezes o objetivo verdadeiro é garantir o futuro do neto quando do falecimento dos avós, transferindo o dever de sustento aos cofres públicos.

É admissível o acolhimento do pedido de guarda dos netos pelos avós quando os pais também são menores e estão sujeitos ao poder familiar. Nessa hipótese é de se deferir a guarda por tempo determinado, ou seja, até os pais adimplirem a maioridade. Fora isso, não cabe transmitir ao Estado o dever de prover o sustento de alguém que tem pais com a obrigação de guarda e de sustento. Mas quando o neto se encontra na companhia exclusiva dos avós, eferir a eles a guarda do neto, atende ao seu melhor interesse.[15]

Como a **guarda compartilhada** é prioritária, nada impede que seja estabelecida essa modalidade entre os pais e os avós.

17.6. TUTELA E CURATELA

De forma expressa (CC 1.731 I), são eleitos os **ascendentes** como primeiros legitimados para o exercício da tutela, caso os pais não procedam à nomeação de tutor. Quanto à curatela, é deferido a parentes próximos o direito de requerê-la (CPC 747 II). Os ascendentes constam do rol dos legitimados para o seu exercício (CC 1.775 § 1.º), podendo ambos os avós serem nomeados curadores de netos incapazes, pois é possível a concessão da **curatela compartilhada** a mais de uma pessoa (CC 1.775-A).

LEITURA COMPLEMENTAR

COSTA, Maria Aracy Menezes da. *Os limites da obrigação alimentar dos avós*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

DIAS, Luciano Souto; SOUZA, Figueiredo Talita. Alimentos avoengos: a obrigação conjunta dos avós paternos e maternos pela prestação alimentícia aos netos. *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, ano XI, n. 62, p. 107-126, mar./abr. 2015.

VILELLA, Rosemeire Aparecida Moço. Alimentos avoengos: panorama legislativo, doutrinário e jurisprudencial. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, n. 13, p. 33-42, jul./ago. 2016.

15. STJ, REsp 945.283/RN, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15/09/2009.

18

AMORES PLURAIS

Sumário: 18.1. Breve justificativa – **18.2.** Família constitucionalizada – **18.3.** Conceito atual de família – **18.4.** Matrimonial – **18.5.** Informal – **18.6.** Homoafetiva – **18.7.** Simultâneas ou paralelas: **18.7.1** Concubinato – **18.8.** Poliafetiva – **18.9.** Parental: **18.9.1.** Monoparental; **18.9.2.** Anaparental; **18.9.3.** Coparental – **18.10.** Composta ou mosaico – **18.11.** Multiparental – **18.12.** Natural, extensa ou ampliada – **18.13.** Substituta – **18.14.** Multiespécie – **18.15.** Eudemonista – Leitura complementar.

Referências legais: CR 226 a 230; CC 1.511 a 1.547, 1.723 a 1.727; Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) 28 a 32.

18.1. BREVE JUSTIFICATIVA

Sempre que se pensa em família ainda vem à mente o **modelo convencional**: um homem e uma mulher unidos pelos "sagrados laços do matrimônio", com o dever de gerar filhos, até que a morte os separe, mesmo na pobreza, na doença e na tristeza.

Só que essa realidade mudou, se é que um dia existiu!

Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas impõe que se reconheça que seu conceito se pluralizou. No dizer de Michele Perrot, despontam **novos modelos de família**, mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo.[1]

Em face da ampliação do conceito de família, Semy Glanz a define como um conjunto formado por um ou mais indivíduos, ligados por laços biológicos

1. Michelle Perrot, O nó e o ninho, 81.

ou sociopsicológicos, em geral morando sob o mesmo teto, e mantendo ou não a mesma residência. Pode ser formada por duas pessoas casadas ou em união livre, de sexo diverso ou não, com ou sem filhos; um dos pais com um ou mais filhos (família monoparental); uma pessoa morando só, solteira, viúva, separada ou divorciada, ou mesmo casada, com residência diversa daquela de seu cônjuge (família unipessoal); pessoas ligadas pela relação de parentesco ou afinidade (ascendentes, descendentes, e colaterais – e estes até o quarto grau).[2]

Ainda que essencial para a própria existência da sociedade e subsistência do Estado, houve uma completa reformulação do seu conceito. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo se voltaram à proteção da **pessoa humana**. A família adquiriu **função instrumental** para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes.[3] Nesse contexto de extrema mobilidade das configurações familiares, novas formas de convívio vêm sendo improvisadas em torno da necessidade – que não se alterou – de criar os filhos, frutos de uniões amorosas temporárias que nenhuma lei, de Deus ou dos homens, consegue mais obrigar a que se eternizem.[4] Daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que identifica a família atual, de modo a albergar todas as suas conformações: **Direito das Famílias**. Em seu Dicionário, Rodrigo da Cunha Pereira traz 30 formas de constituição de família.[5]

18.2. FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA

A Constituição atual, em vigor desde 1988, produziu significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas. Nem é possível elencar a série de modificações introduzidas, mas algumas, por seu maior realce, despontam com exuberância. O constituinte consagrou, como dogma fundamental, antecedendo a todos os princípios, a **dignidade humana** (CR 1.º III), impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes.[6] Foram eliminadas injustificáveis diferenciações e discriminações que não combinavam com uma sociedade democrática e livre. Houve o resgate do ser humano como **sujeito de direito**, assegurando-lhe, de forma ampliada, a consciência da cidadania.

2. Semy Glanz, A família mutante..., 30.
3. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 101.
4. Maria Rita Kehl, Em defesa da família tentacular, 165.
5. Rodrigo da Cunha Pereira, Dicionário de Direito de Família e Sucessões.
6. Gustavo Tepedino, Temas de direito civil, 350.

A expressão **entidade familiar** alargou o conceito de família. A ela é assegurada a **especial proteção do Estado** como **base da sociedade** (CR 226). Além do casamento, é feita expressa referência à **união estável** (CR 226 § 3.º) e à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CR 226 § 4.º), chamada de **família monoparental**. Mas não só nesse limitado universo flagra-se a presença de uma família. Os tipos de entidades familiares explicitados são meramente **exemplificativos**, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa.[7] Relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiriram visibilidade. Dentro desse espectro mais amplo, não se pode excluir do âmbito do Direito das Famílias as **uniões de pessoas do mesmo sexo**. Os avanços da jurisprudência fizeram o STF[8] declarar, com caráter vinculante e eficácia *erga omnes*, que as uniões homoafetivas são uma entidade familiar. A partir daí lhes foram assegurados todos os direitos, inclusive, acesso ao casamento.

O **pluralismo das relações familiares** provocou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento.[9] A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família. Já não se condiciona aos paradigmas originários: **casamento**, **sexo** e **procriação**.

O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e o surgimento das técnicas de reprodução assistida fizeram com que esse tríplice pressuposto deixasse de balizar o conceito de família. Caiu o mito da **virgindade** e o livre exercício da sexualidade é aceito tanto antes como fora do casamento. A concepção não mais decorre exclusivamente de um contato sexual e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade. Relações extramatrimoniais dispõem de reconhecimento constitucional.

Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um **vínculo afetivo**. A união de pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns gera comprometimento mútuo. Impõe deveres e assegura direitos. A família é sempre **socioafetiva**, em razão de

7. Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas:..., 95.
8. STF - ADI 4.277 e ADPF 132: Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011.
9. Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, Famílias simultâneas..., 146.

ser um grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva. A afetividade, como categoria jurídica, resulta da transeficácia de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos.[10]

Este novo conceito de família, cunhado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), traz a **ética** como elemento norteador do Direito das Famílias. Afinal, encontrar "a metade da laranja", a "alma gêmea", o "príncipe encantado", leva ao compartilhamento de sonhos e embaralhamento de patrimônios. E, como diz o Pequeno Príncipe, a responsabilidade para com quem se cativa.

A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram à reconfiguração tanto da **conjugalidade** como da **parentalidade**. Assim, expressões como família marginal, informal, filiação ilegítima, espúria, impura, adulterina, não mais servem. Trazem um ranço discriminatório que foi banido do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas. Seja em relação à família, seja no que diz aos vínculos parentais, não é possível inserir qualquer adjetivação.

18.3. CONCEITO ATUAL DE FAMÍLIA

Difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto dos dias de hoje, se insere nesse conceito. Sempre vem à mente a imagem da família **patriarcal**: o homem como figura central, tendo a esposa ao lado, rodeado de filhos, genros, noras e netos. Essa **visão hierarquizada** da família sofreu enormes transformações. Além da significativa diminuição do número de seus componentes, houve verdadeiro embaralhamento de papéis. A **emancipação feminina** e o ingresso da mulher no mercado de trabalho a levaram para fora do lar. Deixou o homem de ser o provedor exclusivo da família e foi exigida sua participação nas atividades domésticas.

O afrouxamento dos laços entre **Estado** e **igreja** acarretou profunda evolução social. Começaram a surgir novas estruturas de convívio sem uma terminologia adequada que as diferencie. Por exemplo, as famílias formadas por quem saiu de outras relações, não há um nome que as identifique nem seus integrantes têm lugares definidos. A lei nunca se preocupou em definir a família. Limitava-se a identificá-la com o casamento. Esta omissão, que excluía do âmbito jurídico todo e qualquer outro vínculo de origem afetiva,

10. Paulo Lôbo, Despatrimonialização do Direito de Família..., 37.

teve um resultado desastroso. Levou a justiça a condenar à invisibilidade e a negar direitos a quem vivia aos pares, mas sem a chancela estatal.

Agora – e pela primeira vez – a lei define a família atendendo a seu perfil contemporâneo. A **Lei Maria da Penha** (Lei 11.340/2006), que busca coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, identifica como família **qualquer relação íntima de afeto** (LMP 5.º III). E não se diga que este conceito serve tão só para definir a violência como doméstica. Acabou por estabelecer os contornos além de seu âmbito de abrangência. Espraia-se para todo o sistema jurídico.

É necessário ter uma **visão pluralista** da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares. Buscar o elemento que permita enlaçar no conceito de **entidade familiar** todos os relacionamentos que têm origem em um elo de **afetividade**, independentemente de sua conformação. Esse referencial só pode ser identificado no **vínculo** que une seus integrantes. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do **Direito das Obrigações** – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no **Direito das Famílias**, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos.[11] Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a **vontade**, enquanto o traço diferenciador da família é o **afeto**. A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas.[12]

Luiz Felipe Nobre Braga traz o conceito de **família potestativa**, qual seja o direito de o sujeito livremente formar a família, que designa o ímpeto de aproximação existencial pelo afeto.[13] Já Lourival Serejo fala em **família virtual** que se constitui pela *Second Life* – uma possibilidade inusitada do mundo moderno que se origina na carência de afeto e da solidão em que se encontra o usuário desse ambiente. Nesse vácuo existencial, só lhe resta o consolo de criar uma família com marido/mulher e filhos para exercer sua vocação de mãe/pai.[14]

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do **eudemonismo**, impingindo nova

11. João Baptista Villela, Repensando o Direito de Família, 20.
12. Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas:..., 96.
13. Luiz Felipe Nobre Braga, O conceito hoperbólico..., 115.
14. Lourival Serejo, Novos diálogos do Direito de Família, 267.

roupagem axiológica ao Direito das Famílias.[15] Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela **família-instrumento**, ou seja, ela existe e contribui para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

Na feliz expressão de João Baptista Villela, a teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, da competência em dar e receber amor.[16]

18.4. MATRIMONIAL

Sob a justificativa de manter a ordem social, tanto o **Estado** como a **igreja** sempre se imiscuíram na vida das pessoas. Na tentativa de limitar o livre exercício da sexualidade e garantir a perpetuação da espécie, mediante estritos padrões de **moralidade**, eram estabelecidos interditos e proibições de natureza cultural e não biológica.

A **Igreja Católica** consagrou a união entre um homem e uma mulher como **sacramento indissolúvel**: *até que a morte os separe*. As únicas relações afetivas aceitas são as decorrentes do casamento entre um homem e uma mulher, em face do interesse na procriação. Daí a origem do **débito conjugal** como obrigação à prática da sexualidade. A máxima *crescei e multiplicai-vos* atribuiu à família a função reprodutiva com o fim de difundir a sua fé. Aliás, outro não é o motivo para ser vedado, de modo irresponsável, o uso de contraceptivos. Inclusive o casamento religioso pode ser anulado se algum dos cônjuges for estéril ou impotente.

A expressão **matrimônio**, no dizer de Rodrigo da Cunha Pereira, veicula o significado, significante e o conteúdo religioso do casamento, expressão que melhor traduz o seu sentido laico. Assim, pode-se dizer que o matrimônio é indissolúvel e o casamento, desde 1977, com a Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977) tornou-se solúvel.[17]

Essa conservadora cultura, de larga influência por séculos, acabou levando o legislador a reconhecer juridicidade apenas à união matrimonial. O **Código Civil de 1916** solenizou o casamento como uma **instituição** e o regulamentou exaustivamente. Impôs o atendimento de inúmeras forma-

15. Fabíola Lôbo, Poder familiar nas famílias recompostas..., 162.
16. João Baptista Villela, As novas relações de família, 645.
17. Rodrigo da Cunha Pereira, Dicionário de Direito de Família e Sucessões, verbete: matrimônio.

lidades. De pouco ou quase nada vale a vontade dos nubentes. Cláusulas, condições, regras e até algumas posturas são prévia e unilateralmente estabelecidas por lei. Os direitos e deveres são impostos para vigorar durante sua vigência e até depois de sua dissolução, pelo divórcio ou pela morte. Até se poderia chamar o casamento de verdadeiro **contrato de adesão**. O alcance da expressão "sim" significa a concordância de ambos os nubentes com o que o Estado estabelece, de forma rígida, como deveres dos cônjuges.[18]

A lei reproduziu o perfil da família então existente: **matrimonializada**, **patriarcal**, **hierarquizada**, **patrimonializada** e **heterossexual**. Só era reconhecida a família constituída pela chancela estatal. O homem era "o cabeça" do casal e exercia a chefia da sociedade conjugal. A mulher e os filhos deviam-lhe obediência. A finalidade essencial da família era gerar filhos como força de trabalho para a conservação do patrimônio.

O interesse na manutenção do casamento levou, em um primeiro momento, à consagração de sua **indissolubilidade** e obrigatória identificação da família pelo **nome do varão**. Ao casar, a **mulher** tornava-se **relativamente capaz**, não podia trabalhar nem administrar seus próprios bens. O **regime da comunhão universal de bens**, como modelo oficial, mostra o significado que tinha o casamento. Duas pessoas fundiam-se numa só, formando uma unidade patrimonial, sendo o homem o elemento identificador do núcleo familiar. O casamento não podia ser desconstituído, só **anulado** por erro essencial quanto à identidade ou à personalidade do cônjuge. Era possível ao marido pedir a anulação do casamento alegando o **desvirginamento** da mulher. Fora disso, só cabia o **desquite**, que rompia o casamento, mas não dissolvia o vínculo matrimonial, restando os cônjuges numa situação *sui generis*. Não eram mais casados, cessavam os deveres matrimoniais, mas não podiam casar novamente. Famílias formadas pelos egressos de relacionamentos anteriores não tinham a possibilidade de serem formalizadas.

O Estado sempre resistiu em admitir vínculos de convivência formados sem o selo da oficialidade. Apesar do verdadeiro repúdio da legislação em reconhecer quaisquer outras uniões, vínculos afetivos à margem do casamento sempre existiram.

Foi a **Lei do Divórcio**, em 1977, que consagrou a dissolução do vínculo matrimonial, mudou o regime legal de bens para o da **comunhão parcial** e tornou **facultativa** a adoção do **nome** do marido. Ainda assim, até 1988, o casamento era a única forma admissível de família.

18. Paulo Lins e Silva, O casamento como contrato de adesão..., 354.

Foi com a entrada em vigor da atual **Constituição da República** que houve o reconhecimento de outras entidades familiares. Isto porque a família extramatrimonial atende aos interesses do Estado, pois a ele também delega a formação dos seus cidadãos. Há um certo descomprometimento, tanto do homem como das entidades públicas e dos entes governamentais, em assumir o encargo de formar e educar crianças e jovens, único meio de assegurar o futuro da sociedade. Tarefa que acaba, quase sempre, onerando exclusivamente a mulher. Por isso a **família é base da sociedade, e tem especial proteção do Estado** (CR 226).

O **Código Civil** de 2002 procurou deixar expressa essa proteção ao proibir qualquer pessoa, de direito público ou privado, de interferir na comunhão de vida instituída pela família (CC 1.513). Desnecessária e pleonástica essa vedação, pois, se fosse necessário impedir interferências, deveria dirigir-se a todas as pessoas, fossem naturais ou jurídicas, sem qualquer limitação.[19]

18.5. INFORMAL

A lei emprestava juridicidade apenas à família constituída pelo casamento, vedando quaisquer direitos às relações nominadas de **adulterinas** ou **concubinárias**. Apenas a família **legítima** existia juridicamente. A **filiação** estava condicionada ao estado civil dos pais, só merecendo reconhecimento a prole nascida dentro do casamento. Os **filhos** havidos de relações extramatrimoniais eram alvo de enorme gama de denominações de conteúdo pejorativo e discriminatório. Assim, os filhos ilegítimos, naturais, espúrios, bastardos nenhum direito possuíam, sendo condenados à **invisibilidade**. Não podiam sequer pleitear reconhecimento enquanto o genitor fosse casado.

O legislador, além de não regular as **relações extramatrimoniais**, com veemência negava consequências jurídicas a vínculos afetivos fora do casamento, alijando qualquer direito à **concubina**. Tal ojeriza, entretanto, não coibiu os egressos de casamentos desfeitos de constituírem novas famílias, mesmo sem respaldo legal. Quando do rompimento dessas uniões, seus partícipes começaram a bater às portas do Judiciário. Viram-se os juízes forçados a criar alternativas para evitar flagrantes injustiças. Foi cunhada a expressão **companheira**, como forma de contornar as proibições para deferir-lhe os direitos negados à concubina.

19. Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka, Do casamento, 11.

Porém, tal era a rejeição à ideia de ver essas uniões como família que a jurisprudência, quando ausente patrimônio a ser partilhado, as identificava como relação de trabalho, concedendo à mulher **indenização por serviços domésticos** prestados.

Quando ao longo do período de convivência, havia a constituição de patrimônio, em face da aparência de um **negócio**, aplicava-se, por analogia, o **Direito Comercial**, e as uniões eram consideradas **sociedades de fato**. Ditos subterfúgios eram utilizados para justificar a partição patrimonial e evitar o **enriquecimento injustificado** do homem. Mas nada mais se cogitava conceder à mulher, nem alimentos, nem direitos sucessórios.

Essas estruturas familiares, ainda que rejeitadas pela lei, acabaram aceitas pela sociedade, fazendo com que a **Constituição** as albergasse no conceito de **entidade familiar**. Chamou-as de **união estável**, mediante a recomendação de promover sua conversão em casamento. Norma que, no dizer de Giselda Hironaka, é a mais inútil de todas as inutilidades.[20] A legislação infraconstitucional que veio regular essa nova espécie de família[21] acabou praticamente copiando o modelo oficial do casamento.

O **Código Civil** impõe requisitos para o reconhecimento da união estável. Gera deveres e cria direitos aos conviventes. Assegura alimentos, estabelece o regime de bens e garante ao sobrevivente direitos sucessórios. Aqui também pouco resta à vontade do par, sendo possível afirmar que a união estável se transformou em um **casamento por usucapião**, ou seja, o decurso do tempo confere o estado de casado.

Enormes as críticas da doutrina à regulamentação da união estável, agora equiparada ao casamento, por decisão do STF, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, por afronta ao **princípio da igualdade.**[22] A alegação é que este dirigismo não é querido pelos conviventes, uma vez que optaram por não casar.

Descabida a pretensão de que a união estável não deve se sujeitar a qualquer interferência, por se tratar de relação de caráter privado. Não há afronta ao **princípio da liberdade**. As pessoas são livres para viverem sozinhas ou compartilharem a vida com alguém. Quem opta por ter um

20. Giselda Hironaka, Família e casamento em evolução, 8.

21. Lei 8.971/1994, e Lei 9.278/1996.

22. STF – Tema 809: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

par para chamar de seu, ambos precisam assumir as responsabilidades decorrentes de uma vida a dois. Quer casem, quer vivam em união estável. A dispensa da chancela estatal não torna o relacionamento invisível de modo a ser excluído da tutela jurídica do Estado.

18.6. HOMOAFETIVA

Só pode ser por preconceito que a Constituição emprestou, de modo expresso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher. Ora, a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1.º III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa.

Em nada se diferencia a convivência homossexual da união estável heterossexual. A homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, negar a realidade não soluciona as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões.

As inúmeras decisões judiciais atribuindo consequências jurídicas às uniões homoafetivas[23] levaram o Supremo Tribunal Federal a reconhecê-las como **união estável**, com iguais direitos e deveres.[24] A partir desta decisão passou a Justiça a admitir a conversão da união homoafetiva em casamento.

Logo em seguida, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a habilitação para o casamento diretamente junto ao Registro Civil, sem ser preciso antes formalizar a união para depois transformá-la em casamento.[25] Acabou o Conselho Nacional de Justiça[26] proibindo que seja negado acesso ao casamento, ao seu reconhecimento como união estável ou à conversão da união homoafetiva em casamento.

18.7. SIMULTÂNEAS OU PARALELAS

Instigante o questionamento de Pablo Stolze: Você seria capaz de amar duas pessoas ao mesmo tempo?[27] A resposta é uma só: sim! Todos amam

23. Decisões disponíveis no site www.direitohomoafetivo.com.br.
24. STF - ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011.
25. STJ - REsp 1.183.378/RS, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.
26. CNJ – Resolução 175/2013.
27. Pablo Stolze, Direitos da(o) amante.

muitas pessoas: pais e filhos, irmãos e amigos. Mas quando se questiona a possibilidade de manter vínculo de natureza afetiva e sexual simultaneamente com mais de uma pessoa, todo mundo grita: não!

A origem judaico-cristã da sociedade ocidental sempre repudiou esta realidade que, no entanto, sempre existiu. Não adianta a determinação legal que impõe o **dever de fidelidade** no casamento, e o **dever de lealdade** na união estável. Nada consegue sobrepor-se a uma realidade histórica, fruto de uma sociedade patriarcal e muito machista. Mesmo sendo casados ou tendo uma companheira, homens partem em busca de novas emoções sem abrir mão dos vínculos familiares que já possuem. Somente eles têm habilidade para se desdobrar em dois relacionamentos simultâneos: dividem-se entre duas casas, mantêm duas mulheres e, na maioria das vezes, têm filhos com ambas. Quer se trate de um casamento e uma união estável, quer duas ou até mais uniões estáveis. É o que se chama de famílias simultâneas. Expressão preferível a famílias paralelas, porque linhas paralelas nunca se encontram, e a simultaneidade, muitas vezes, é conhecida e até aceita pelas duas mulheres. Os filhos se conhecem e ambas sabem da existência da outra. No fim um arranjo que satisfaz a todos. A esposa tem um marido que ostenta socialmente. A companheira nada exige e se conforma em não compartilhar com o companheiro todos os momentos, mas o acolhe com afeto sempre que ele tem disponibilidade.

Ainda que tal configure descumprimento do dever de fidelidade e adultério – que nem mais crime é –, os homens assim agem. E muito frequentemente!

Fechar os olhos a esta realidade e não responsabilizar quem assim age é ser conivente, é incentivar esse tipo de comportamento. O homem pode ter quantas mulheres quiser porque a Justiça não lhe impõe qualquer ônus. Livrá-lo de responsabilidades é punir quem, durante anos, acreditou em quem lhe prometeu que, um dia, o amor seria exclusivo. A mulher que ficou fora do mercado de trabalho, cuidou dos filhos, de repente, se vê sem condições de sobrevivência.

Imperioso reconhecer a existência de uma união estável sempre que o relacionamento for público, contínuo, duradouro e com a finalidade de constituir família. O só fato de o homem ter uma família não quer dizer que não teve o desejo de constituir outra. Dito elemento de natureza subjetiva resta escancarado quando são comprovados longos anos de convívio. Ao depois, a fidelidade não é pressuposto para a configuração da união estável. É preciso impor os deveres inerentes à entidade familiar a quem assume um relacionamento afetivo, independente de manter outra união.

À inércia do Poder Legislativo tem sido oposta um proficiente ativismo do Poder Judiciário, cuja atuação eficiente tem estabelecido o liame imprescindível entre as expectativas sociais e o ordenamento jurídico, principalmente para garantir a dignidade dos membros de tais arranjos familiares e o alcance da Justiça.[28]

18.7.1. Concubinato

Sempre houve uma profunda aversão a vínculos afetivos constituídos fora dos "sagrados laços do matrimônio". Mesmo enquanto o casamento hipoteticamente era tido por indissolúvel e os desquitados não podiam se casar. As pessoas se desquitavam e o novo relacionamento era denominado pela feia expressão **concubinato**.

Visto como vínculo clandestino, a lei se encarregava de impor-lhe todo o tipo de restrições e impedimentos. Verdadeira condenação à invisibilidade que sempre é causa de grandes injustiças.

Até que se passou a fazer a distinção entre **concubinato puro** – quando não existia impedimento para as pessoas casarem e **concubinato impuro** – vínculo mantido entre pessoas impedidas de casar. A jurisprudência acabou cunhando a expressão **companheiro** para identificar os concubinatos puros, que passaram a receber aceitação no meio social. A palavra concubinato continuou identificando os amores mantidos fora do casamento. Vínculos clandestinos sem o reconhecimento de qualquer direito.

Ainda assim, durante muito tempo os companheiros permaneceram fora do âmbito de proteção do Direito das Famílias e das Sucessões. Considerados como "sócios" de uma **sociedade de fato** (CC 983), quando do seu fim – pela morte ou pela separação –, se procedia à partilha do acervo adquirido. Divisão que dependia da prova da efetiva participação de cada um. Claro que, em uma época em que as atividades "do lar" não tinham qualquer valor econômico, todo o patrimônio ficava para o varão. Nenhum outro direito era assegurado. E não restava qualquer obrigação. Nem alimentos, nem direito sucessório.

Mesmo depois de a Constituição reconhecer as uniões constituídas sem a chancela do Estado como **entidade familiar**, o concubinato puro transformou-se na **união estável** (CR 226ª 3.º). E permaneceu a ojeriza às relações concubinárias, sempre ligadas à ideia de relações espúrias.

28. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Famílias paralelas, 57.

Tanto é assim que a legislação infraconstitucional, ao regular a união estável, insiste em emprestar sobrevida a esta figura.

Reconhece a união estável entre pessoas casadas, conquanto estejam separadas de fato (CC 1.723 § 1.º). Ou seja, entre pessoas impedidas de casar. Mas são chamadas de concubinato as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar (CC 1.727). Pelo jeito, a lei quis foi excluir da tutela jurídica os **amantes**: é a Outra ou Outro, como bem define Rodrigo da Cunha Pereira. Relacionamentos que, mesmo duradouros, não chegam a constituir uma família, já que não é o tempo, por si só, o elemento determinante da constituição de uma entidade familiar.[29]

Apesar de a lei subtrair dos concubinos os direitos assegurados à união estável, acaba impondo-lhes o dever de **mútua assistência**. Isso porque o concubinato do credor de alimentos faz cessar o encargo alimentar do ex-marido ou ex-companheiro (CC 1.708). Claro que a norma tem caráter punitivo. Afinal, a própria lei assegura às pessoas separadas o direito de constituírem união estável. Pelo jeito é considerado procedimento **indigno** o fato de uma pessoa que recebe alimentos constituir uma união estável (CC 1.708 parágrafo único). Ou isso, ou é necessário concluir que é imposto o **dever de fidelidade** a quem recebe alimentos.

O Código Civil continua punindo o que chama de concubinato:

- CC 550 – A **doação** do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal;
- CC 1.642 – Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: [...] V – **reivindicar** os bens comuns, móveis ou imóveis, **doados** ou transferidos pelo outro cônjuge ao **concubino**, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;
- CC 793 – É válida a instituição do companheiro como **beneficiário**, se ao tempo do **contrato** o **segurado** era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato.

Somente em sede de direito sucessório existe uma norma redentora com relação aos filhos.

29. Rodrigo da Cunha Pereira, Dicionário de Direito de Família e das Sucessões (verbete amante).

- CC 1.803 – É lícita a deixa ao filho do concubino, quando também o for do testador. Ou seja, o filho que era chamado de "ilegítimo" (fruto de uma relação extraconjugal) pode ser beneficiado pelo pai, via testamento.

Mas o caráter punitivo volta ao impedir que o concubino seja beneficiado por testamento. A disposição testamentária é nula (CC 1.900 V).

- CC 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos.

O dispositivo é tão confuso que não dá para saber. Quem tem que estar separado há mais de cinco anos? O testador? Separado quando elaborou o testamento ou quando morreu? Ora, se ele estava separado, mantinham uma união estável. E quem deveria ser o inocente? O testador casado ou o amante? Culpado de quê? Por ter sido o pivô da separação? E a culpa perdura por cinco anos após a separação? Mas como perquirir culpa quando este instituto foi banido do Direito das Famílias quando foi decretado o fim da separação pela EC 6/2010?

Como bem diz Cristiano Chaves, é preciso uma visão mais atualizada das referidas normas, que, sem dúvida, estão apegadas a conceitos morais já superados e, de certo modo, contestáveis.[30]

Assim, é imperioso concluir que o concubinato não mais existe. Apesar do preconceito que ainda permeia os vínculos afetivos mantidos por pessoas casadas ou por quem vive em uma união estável. As tentativas legais de blindar tais relacionamentos acabam afastando a responsabilidade ética que deve ser imposta aos vínculos afetivos. A todos eles.

As uniões simultâneas e poliafetivas – quer mantidas às escondidas, quer ostensivamente – pouco a pouco vêm sendo reconhecidas pela justiça.

Não há outra forma de impor a quem ama mais de uma pessoa, que seja responsável por quem cativa.

18.8. POLIAFETIVA

Os termos são muitos: poliamor, poliamorismo, família poliafetiva ou poliamorosa. O formato de tais arranjos familiares também. No entanto, todas as formas de amar que fogem do modelo convencional da hetero-

30. Cristiano Chaves de Farias e outros, Manual de Direito Civil, 1.294.

normatividade e da singularidade são alvo da danação religiosa e, via de consequência, da repulsa social. Tal enseja o silêncio do legislador ou a expressa exclusão de direitos. Nada mais do que uma vã tentativa de condenar à **invisibilidade** formas de amor que se afastem do modelo monogâmico.

A distinção entre família simultânea e poliafetiva é de natureza **espacial**. Na maioria das vezes, nos relacionamentos paralelos o homem – sempre ele! – mantém duas ou mais entidades familiares, com todas as características legais. Cada uma vivendo em uma residência e, muitas vezes, uma não sabe da existência da outra.

Na união poliafetiva forma-se uma única entidade familiar. Todos moram sob o mesmo teto. Tem-se um verdadeiro casamento, com uma única diferença: o número de integrantes. Isto significa que o tratamento jurídico à poliafetividade deve ser idêntico ao estabelecido às demais entidades familiares reconhecidas pelo Direito.[31]

Se o poliamor pode ser considerado uma forma de relacionamento íntimo existente e válido com mais de uma pessoa simultaneamente, formando um único núcleo e seus integrantes possuem ciência das uniões múltiplas, verifica-se a incidência dos princípios estruturantes de família: liberdade, solidariedade e igualdade entre seus membros, com vistas à felicidade.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que as relações familiares são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe.[32] As pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, com mais liberdade, buscam realizar o sonho de ser felizes e não premidas a permanecerem em estruturas preestabelecidas e engessadoras. Acabaram os casamentos de fachada, não mais se justificando relacionamentos paralelos e furtivos, nascidos do medo da rejeição social. Está ocorrendo uma verdadeira **democratização dos sentimentos**, na qual o respeito mútuo e a liberdade individual são preservados. Cada vez mais as pessoas têm o direito de escolha e podem transitar de uma comunidade de vida para outra ou construir a estrutura familiar que lhe pareça mais atrativa e gratificante. Traição e infidelidade estão perdendo espaço.

Alguns tabelionatos passaram a lavrar escrituras públicas de uniões poliafetivas. No entanto, o CNJ oficiou às Corregedorias Estaduais para

31. Rafael da Silva Santiago, Poliamor e Direito das Famílias, 196.
32. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito de Família brasileiro, 93.

que recomendassem aos Tabelionatos de Notas se absterem de lavrar essas escrituras.[33]

Ainda que se trate de simples recomendação, os tabeliões deixaram de elaborar escrituras. No entanto, as escrituras não passam de mera valorização de um relacionamento que já existe no mundo dos fatos, podendo gerar ou não efeitos jurídicos, a depender das circunstâncias do caso concreto.[34]

De qualquer modo, é possível a formalização do vínculo por **instrumento particular**, firmado pelas partes e por duas testemunhas, levado a registro no Cartório de Títulos e Documentos.

18.9. PARENTAL

Desde que o Direito das Famílias passou a distinguir conjugalidade de parentalidade, passamos a ver as famílias sob estes dois ângulos: conjugal e parental, que podem estar juntas ou separadas.[35] Mesmo que a Constituição tenha alargado o conceito de família, ainda assim não enumerou todas as conformações familiares que existem.

A **diferença de gerações** não pode ser o único parâmetro para o reconhecimento de uma estrutura familiar. Não é a **verticalidade** dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora da proteção jurídica. No entanto, olvidou-se o legislador infraconstitucional de regular essas entidades familiares. A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento de uma entidade familiar: família parental.

A família parental é o gênero de várias espécies de família.

18.9.1. Monoparental

A Constituição, ao esgarçar o conceito de família, elencou como entidade familiar a comunidade formada por **qualquer dos pais e seus descendentes** (CR 226 § 4.º). O enlaçamento destas estruturas, no âmbito da especial proteção do Estado, subtrai a conotação de natureza sexual do conceito de família. Tais entidades familiares receberam em sede doutriná-

33. Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000.
34. Flávio Tartuce, Direito Civil – Direito de Família, 418.
35. Rodrigo da Cunha Pereira, Contrato de geração de filhos.

ria o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade de um vínculo transgeracional.

Quando um casal com **filhos** rompe o convívio, mesmo que a prole fique residindo com um dos pais, se constituem duas famílias monoparentais. Apesar de os encargos do **poder familiar** serem inerentes a ambos os pais e o regime legal de convivência, a **guarda compartilhada**.

De forma injustificável, o legislador omitiu-se em regular esta estrutura de família, que acabou alijada do Código Civil, apesar de esta ser a realidade de um terço das famílias brasileiras.

18.9.2. Anaparental

Assim é chamada a família em que não existe a presença dos pais. Assim é chamada a família formada entre irmãos, primos ou de pessoas que têm uma relação de parentesco entre si, sem vínculo de ascendência ou descendência e sem conjugalidade.[36]

A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial, constitui uma entidade familiar. Na hipótese de falecimento de uma delas, descabe dividir os bens igualitariamente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária. Também reconhecer mera **sociedade de fato** e invocar a Súmula 380,[37] para conceder somente a metade dos bens à sobrevivente,[38] gera flagrante injustiça para com quem auxiliou a amealhar o patrimônio. A solução que se aproxima de um resultado justo é conceder à irmã, com quem a falecida convivia, a integralidade do patrimônio, pois ela, em razão da parceria de vidas, antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária. Ainda que inexista qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável. Cabe lembrar que essas estruturas de convívio em nada se diferenciam da entidade familiar de um dos pais com seus filhos e que também merece proteção constitucional.[39]

---

36. Rodrigo da Cunha Pereira, Dicionário de Direito de Família e Sucessões.
37. STF – Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.
38. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 130.
39. Maria Berenice Dias, Manual das Sucessões, 99.

18.9.3. Coparental

Rodrigo da Cunha Pereira distingue família conjugal do que chama de **família coparental**: é quando as pessoas querem apenas ter filhos, mas não querem estabelecer uma relação de conjugalidade, ou nem mesmo uma relação sexual. Assim, escolhem alguém para fazerem uma parceria e concebem o filho via inseminação artificial.[40]

O filho é registrado em nome de ambos. É estabelecida uma **paternidade compartilhada** em que os dois exercem o poder familiar.

De um modo frequente são elaborados **contratos de geração de filho**, em que ficam estabelecidos os deveres de cada um dos pais. É estabelecido o regime de convivência e estabelecidos alimentos.

Entretanto, se a relação entre os pais vai além da coparentalidade e eles acabam mantendo um vínculo conjugal, o relacionamento se transforma em uma **união estável**. Decorre daí consequências patrimoniais, já que a união estável é ato-fato jurídico, ou seja, é o contrato-realidade que deve ser averiguado pelos detalhes do caso concreto.[41]

18.10. COMPOSTA OU MOSAICO

Nomes existem, e muitos, tentando definir as famílias constituídas depois do desfazimento de relações afetivas pretéritas: reconstruídas, recompostas e até a bela expressão famílias *ensambladas*, em voga na Argentina – estrutura familiar originada no matrimônio ou união de fato de um casal, no qual um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou relação prévia.[42] São famílias caracterizadas pela multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência. A administração de interesses visando equilíbrio assume o relevo indispensável à estabilidade das famílias.[43]

A cada dia surgem novas expressões – composta, mosaico e binuclear –, na tentativa de identificar as famílias que resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pelo recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões.[44]

---

40. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito das Famílias, 29.
41. Idem, As novas estruturas parentais e conjugais, 37.
42. Cecília Grossman e Irene Martínez Alcorta, Famílias ensambladas, 35.
43. Idem, 528.
44. Jussara S. B. N. Ferreira e Konstanze Rörhmann, As famílias pluriparentais ou mosaico, 508.

A multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência desta nova estrutura familiar não dispõe de qualquer previsão legal, que imponha deveres ou assegure direitos. Sequer existe uma nomenclatura que identifique este caleidoscópio familiar. Aliás, a ausência de um nome, por si só, mostra a resistência que ainda existe em aceitar essas novas estruturas de convívio. A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum.[45] É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos.

No entanto, nestas novas famílias, é equivocada a tendência de considerar como **monoparental** o vínculo do genitor com o seu filho, até porque o novo casamento dos pais não importa em restrições aos direitos e deveres dos pais com relação aos filhos (CC 1.579 parágrafo único).

Admite a lei a possibilidade da **adoção** pelo companheiro ou cônjuge do genitor, chamada de **adoção unilateral** (ECA 41 § 1.º). Pelo que diz a lei, seria indispensável a concordância do pai registral, o que, praticamente, inviabilizaria esta possibilidade.

Começou a jurisprudência a atribuir encargos ao – na ausência de melhor nome – padrasto. Sob o nome de **paternidade alimentar** é reconhecido ao filho do cônjuge ou companheiro direito a **alimentos**, comprovada a existência de vínculo afetivo entre ambos, e que tenha ele assegurado sua mantença durante o período em que conviveu com o seu genitor. Em nome do **princípio da afetividade** é reconhecido também o **direito de convivência**.

Seguindo a trilha da jurisprudência, a Lei 11.924/2009 admitiu a possibilidade de o enteado agregar o **nome do padrasto**, o que, no entanto, não gera a exclusão do **poder familiar** do genitor.

18.11. MULTIPARENTAL

A dupla maternidade ou dupla paternidade tornou-se uma realidade jurídica, impulsionada pela dinâmica da vida e pela compreensão de que paternidade e maternidade são funções exercidas por qualquer dos pais. Daí a teoria da parentalidade socioafetiva que não coincide com o vínculo biológico ou registral, mas se soma a ela.[46]

45. Idem, 513.

46. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito das Famílias, 25.

A constituição de um vínculo parental não enseja a extinção do poder familiar. Possível coexistirem, inclusive com a possibilidade de figurar no registro de nascimento a presença de mais de um pai ou mais de uma mãe.

Até que o filho complete 12 anos, o reconhecimento da multiparentalidade depende da chancela judicial. Depois disso, havendo a concordância de todos os que desempenham as funções parentais, a alteração do registrado pode ser levada a efeito diretamente no Cartório do Registro Civil.[47]

18.12. NATURAL, EXTENSA OU AMPLIADA

O conceito de **família natural** é trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA 25): *comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.* Dita expressão está ligada à ideia de família biológica, na sua expressão nuclear. Porém, nem a Constituição da República (227), ao garantir o direito à **convivência familiar**, nem o ECA (19), ao assegurar à criança e ao adolescente o direito de ser criado e educado no seio de sua família, estão se referindo à **família biológica**.

De qualquer modo, o legislador ampliou o conceito constitucional de convivência familiar, dando preferência à família extensa sobre a família substituta ou qualquer outra forma de inserção de crianças e adolescentes.

Questionamentos surgem sobre se a família extensa é uma espécie do gênero família natural; uma espécie do gênero família substituta; ou um novo gênero de família. A tendência da doutrina é reconhecer que se trata de uma espécie de família substituta, até porque, sob uma perspectiva prática, os parentes próximos precisam regularizar a situação por meio da guarda, tutela ou mesmo adoção.[48]

Ainda há uma verdadeira sacralização da família natural, quando se fala em **família extensa ou ampliada** (ECA 25 parágrafo único): *aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.* Parece que ninguém percebe que este conceito dispõe de um **pressuposto** além do elo consanguíneo. Tanto que a lei exige que já exista um vínculo de **convivência, afinidade e afetividade** da criança com algum parente para ser reconhecida como família extensa.

---

47. CNJ – Provimento 36/2017.

48. Sérgio Luiz Kreuz, Direito à convivência familiar..., 119.

No entanto, não é o que a Justiça faz. Quando a mãe não quer ou não pode ficar com o filho, sai à caça de algum parente, sem questionar se existe este tipo de vinculação, pressuposto para reconhecer a família como extensa.

Depois de esgotados todos os esforços para encontrar parentes que a criança nem conhecia, é que começa o moroso processo de **destituição do poder familiar**, que pode durar anos. Injustificadamente, em sede liminar, não é determinada a entrega a quem está habilitado a adotá-la. Enquanto isso a criança permanece abrigada, perde a primeira e melhor infância e, às vezes, lá fica tanto tempo que nem tem mais chance de ser adotada.

Ora, manifestando a mãe o desejo de abrir mão da maternidade, imediatamente o filho deve ser encaminhado à adoção, disponibilizando-se sua foto na rede nacional dos candidatos cadastrados à adoção.

O mesmo deve ocorrer quando são denunciados maus-tratos, abuso sexual ou abandono de crianças ou adolescentes. Ouvidos os pais, em sede liminar, o juiz deve disponibilizá-lo à adoção.

A dificuldade é conseguir cruzar os dados, diligência que se estende no tempo. Enquanto isso, crianças e adolescentes permanecem institucionalizados, perdendo, muitas vezes, a chance de serem adotados. Ao depois, permanecendo junto à família, sempre serão estigmatizados. O passado sempre estará presente em suas vidas, pois não passam a desfrutar de condição de filhos. Certamente esta solução não atende ao comando constitucional que determina que lhes seja garantida proteção integral, com absoluta prioridade. E viver na casa dos avós ou de tios não é assegurar convivência familiar, pois a solução não é nem definitiva, nem segura, como é a adoção.

18.13. SUBSTITUTA

A colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas tem caráter excepcional. Claramente a preferência estabelecida pelo ECA (19 § 3.º) é pela reinserção na família biológica: natural ou extensa. Somente não havendo tal possibilidade é que se passa a falar em família substituta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não define o que seja família substituta (ECA 28), mas a tendência é assim definir quem está **cadastrado à adoção**. São convocadas as famílias segundo o perfil que elegeram. Recebem a criança ou o adolescente mediante guarda, firmando o devido compromisso (ECA 32).

A criança lá permanece até se esgotarem as possibilidades de ser reinserida na família natural ou ser aceita pela família extensa. Só depois de frustradas essas iniciativas é que tem início o exasperante processo de destituição do poder familiar até a inclusão no cadastro à adoção. Mas ainda há um longo caminho a percorrer até ser adotado. Só então terá direito a um nome, à certeza de ter um lar, um pai e uma mãe.

Em face da precariedade do vínculo que se estabelece, tudo é insegurança. Todos passam a conviver com o fantasma da possibilidade da separação.

Outra tentativa absolutamente desastrosa é o **Programa Famílias Acolhedoras.**[49] Nada mais do que a colocação de crianças e adolescentes em famílias que, mediante remuneração, as acolhem em caráter precário e temporário. Como tais famílias não podem adotá-las, ainda que se estabeleça um vínculo de filiação socioafetiva, esta se mostra como mais uma experiência dolorosa a quem já amargou tantas perdas.

18.14. MULTIESPÉCIE

O conceito de família vem adquirindo tal elasticidade que a doutrina passou a denominar de **família multiespécie** a constituída pelos donos e seus animais de estimação, como membros não humanos.[50] A tendência é chamá-los de seres **sencientes** – seres sensíveis – por possuírem aptidão emocional e capacidade cognitiva.

Apesar da falta de previsão legal, quando do término do casamento ou da união estável, a disputa pelos animais de companhia tem sido apreciada pelo **juízo da família.**[51] Vem sendo reconhecida a cotitularidade dos ani-

49. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, instituído pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

50. Marianna Chaves, Disputa de guarda de animais de companhia...

51. Ação visando a guarda de cachorro em decorrência da separação do casal. Possibilidade do pedido e legítimo interesse configurados. Não obstante a ausência de regramento específico do tema, cabível, no caso, o uso da analogia, aplicando-se, diante da lacuna legal (o que não é sinônimo de impossibilidade jurídica), às relações entre o casal cuja união foi desfeita e os seus respectivos animais de estimação, os dispositivos relativos à guarda dos filhos (arts. 1.583 e 1.584 do CCB). E, ao fazê-lo, contrariamente ao que entendeu o magistrado de origem, tem-se que se configura o interesse jurídico que serve para embasar a pretensão deduzida, devendo o feito ter seu regular prosseguimento, cassada a sentença extintiva. Deram provimento.

mais, com o estabelecimento de custódia compartilhada, a regulamentação do direito de convivência e a imposição do pagamento de alimentos.[52]

18.15. EUDEMONISTA

A busca da **felicidade**, a supremacia do **amor**, a vitória da **solidariedade** ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. As relações afetivas são elementos constitutivos dos vínculos interpessoais. A possibilidade de buscar formas de **realização pessoal** e gratificação profissional é a maneira de as pessoas se converterem em seres socialmente úteis.

Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo surgiu um novo nome: família eudemonista,[53] que busca a felicidade individual, por meio da emancipação de seus membros.[54]

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento legal altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8.º do art. 226 da CR: *o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram.*[55]

No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca.[56]

Unânime. (TJRS – AC 5000161-28.2019.8.21.0153, 8ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 08/10/2020).

52. IBDFAM – Enunciado 11: Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal.
53. Expressão que, na sua origem grega, se liga ao adjetivo feliz e denomina a doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Novo dicionário da língua portuguesa, 592).
54. Belmiro Pedro Welter, Estatuto da união estável, 32.
55. Carlos Eduardo Pianoviski Ruzyk, Famílias simultâneas e monogamia, 205.
56. Paulo Lôbo, A repersonalização das relações de família, 138.

LEITURA COMPLEMENTAR

ALVES, Jones Figueirêdo. Famílias pluralizadas: nova doutrina e experiência judiciária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família:* Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 383-392.

BUARQUE, Caroline. *Poliamor*: da aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais à legitimidade jurídica das uniões múltiplas e seus efeitos. Maceió: Imprensa Oficial Graciliano Ramos, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 247-273.

FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos:* pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas*. Novas uniões depois das separações. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil*: Famílias. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARQUES, Alinne de Souza. Uniões poliafetivas: o reconhecimento no direito brasileiro. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, n. 15, p. 121-138, nov./dez. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família*: uma abordagem psicanalítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e Direito das Famílias:* reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015.

SOALHEIRO, Luiza Helena Messias. *Famílias simultâneas:* um arranjo familiar não monogâmico. Belo Horizonte: Editora Plácido, 2018.

TANNURI, Claudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. As famílias simultâneas no ordenamento jurídico brasileiro e seus efeitos jurídicos. *Revista IBDFAM:* Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez. p. 111-128.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 475-501.

XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro*: amor líquido e o Direito de Família mínimo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

19

CASAMENTO

Sumário: 19.1. Visão histórica – **19.2.** Tentativa conceitual – **19.3.** Natureza jurídica – **19.4.** Estado civil – **19.5.** Espécies; **19.5.1.** Civil; **19.5.2.** Religioso com efeitos civis; **19.5.3.** Por procuração; **19.5.4.** Nuncupativo ou *in extremis*; **19.5.5.** Putativo; **19.5.6.** Homoafetivo; **19.5.7.** Consular; **19.5.8.** De estrangeiros – **19.6.** Conversão da união estável em casamento – **19.7.** Capacidade – **19.8.** Impedimentos: **19.8.1.** Impedimentos absolutos; **19.8.2.** Causas suspensivas – **19.9.** Processo de habilitação – **19.10.** Celebração – **19.11.** Posse do estado de casado – Leitura complementar.

Referências legais: CR 98 II, 226 §§ 1.º, 2.º e 6.º; CC 5.º parágrafo único II, 197 I, 544, 977, 1.489 II, 1.511 a 1.570; Dec. Lei 3.200/1941; Dec. Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB) 7.º; Lei 1.110/1950 (Efeitos civis ao casamento religioso); Lei 1.542/1952 (casamento dos funcionários da carreira de diplomacia com pessoa de nacionalidade estrangeira); Lei 5.891/1973 (Exame médico na habilitação de casamento entre colaterais de terceiro grau); Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP) 67 a 76; Lei 6.515/1977 (Lei do Divórcio – LD); Lei 13.445/2017 (Lei da Migração), 55, II, letra *b*; Lei 13.811/2019; CNJ – Resoluções 35/2007, 120/2010 e 175/2013, Provimento 82/2019.

19.1. VISÃO HISTÓRICA

Até o advento da República, em 1889, só existia o **casamento religioso**. Ou seja, os não católicos não tinham acesso ao matrimônio.[1] O **casamento civil** só surgiu em 1891. Ainda assim seu caráter sagrado foi

1. Arnoldo Wald, Direito de Família, 39.

absorvido pelo direito, tanto que o conceito de família, identificado com o casamento indissolúvel, constava em todas as Constituições do Brasil.

Quando da edição do Código Civil de 1916, havia um único modo de constituição da família: pelo casamento. A família tinha viés **patriarcal**, e as regras legais refletiam esta realidade. A influência religiosa persistiu. Somente era reconhecida a família ungida pelos "sagrados laços do matrimônio" por ser considerado um sacramento: sagrado em sua origem. Não havia outra modalidade de convívio aceitável. O casamento era **indissolúvel**. A resistência do Estado em admitir outros relacionamentos era de tal ordem que a única possibilidade de romper com o casamento era o **desquite**, que não dissolvia o vínculo matrimonial e, via de consequência, impedia novo casamento.

Mesmo com o advento da **Lei do Divórcio**, a visão matrimonializada da família permaneceu. O desquite transformou-se em **separação**. Passou a existir duas formas de romper o casamento: a separação e o divórcio. Na tentativa de manutenção da família, era exigido o decurso de longos **prazos** da separação de fato, ou a identificação de um **culpado**, o qual não podia propor a ação para dar fim ao casamento. A perda do direito à percepção de alimentos e a exclusão dos apelidos do marido eram penalidades que atingiam a mulher culpada pela separação. Também se sujeitava a ditas penalidades quem simplesmente tomava a iniciativa da ação de separação, mesmo sem a identificação da responsabilidade do autor pelo fim da união.

Mas novas realidades se impuseram, acabando por produzir profunda revolução na própria estrutura social. Tornaram-se tão aceitos novos formatos dos vínculos de convivência que a **Constituição de 1988** alargou o conceito de família. Trouxe o conceito de **entidade familiar** albergando relacionamentos para além do casamento. Foi assegurada especial proteção tanto aos **vínculos monoparentais** (CR 226) – formados por um dos pais com seus filhos – como à **união estável** – relação de um homem e uma mulher não formalizada pelo casamento (CR 226 § 3.º). Com isso, deixou o casamento de ser o único marco a identificar a existência de uma família.

O **Código Civil**, com vigência desde 2003, de forma displicente, copiou a legislação anterior. Não modernizou sequer a linguagem – basta ver o uso do pronome "vós" na celebração do casamento (CC 1.535): *De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.*

Limitou-se a incorporar a legislação que regulava as uniões estáveis e esqueceu as famílias monoparentais. Assim, no atual estágio da sociedade, soa bastante conservadora a legislação que, em sede de Direito das Famílias, limita-se a regulamentar, de forma minuciosa e detalhada, exclusivamente

o casamento, como se fosse o destino de todos. Como diz Marcos Colares, o casamento parece fundar-se em um ideal de estabilidade e institucionalização de papéis fixos.[2]

O viés sacralizado do casamento tende a esmaecer, o que se constata quer pela possibilidade de ser ele dissolvido extrajudicialmente (CPC 733), quer pelo fim da separação judicial (EC 66/10), que afastou a identificação de culpas e o decurso de prazos.[3] Em um julgamento isolado, o STJ[4] afirmou que persiste o instituto da separação. No entanto, só seria possível a **separação consensual**, uma vez que o divórcio é um **direito potestativo**.

19.2. TENTATIVA CONCEITUAL

O livro do Código Civil que trata do Direito das Famílias, obviamente, só poderia começar pelo casamento. Tal é a preocupação com a família matrimonializada, que a lei lhe dedica nada menos do que 110 artigos. Ainda assim, o legislador não traz qualquer definição nem tenta conceituar o que seja família ou casamento. Não identifica sequer o sexo dos nubentes. Limita-se a estabelecer requisitos para a sua celebração. Elenca direitos e deveres dos cônjuges e disciplina diversos regimes de bens. Também regulamenta o seu fim, ou seja, as questões patrimoniais, que decorrem da anulação e da dissolução do vínculo conjugal.

No dizer dos irmãos Figueiredo, o casamento dispõe de várias eficácias:

- **eficácia social** – altera o estado civil das pessoas. Decorre daí o surgimento da comunhão (em todos os planos) e o dever imposto aos cônjuges pelos encargos da família, assumindo eles a qualidade de consortes (CC 1.565, 1.642 e 1.643);
- **eficácia pessoal** – os cônjuges passam a ter deveres: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, respeito mútuo e sustento, guarda e educação dos filhos (CC 1.566). Não consistem tais deveres de *numerus clausus*. Não fala o código no dever do amor, do entendimento, da confiança, tolerância, abnegação, razoável entrosamento de mentalidades, cultura, sensibilidade etc.;

2. Marcos Colares, A sedução de ser feliz..., 62.
3. JCJF – Enunciado 515: Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual.
4. STJ – REsp 1.247.098/MS, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14/03/2017.

- **eficácia patrimonial** – se relaciona ao regime de bens, que é o estatuto patrimonial da sociedade conjugal, cujo principal objetivo é solucionar as questões relativas à comunicabilidade, ou seja: verificar, no caso concreto, se um determinado bem comunica, ou não, com o patrimônio jurídico do outro cônjuge.[5]

Ainda que não haja um conceito de casamento, no dizer de Washington de Barros Monteiro, sempre foi reconhecido como o fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada.[6] Já Pontes de Miranda diz que o casamento é uma relação ética.[7] Mas quem melhor define família é a **Lei Maria da Penha** (Lei 11.340/2006): **relação íntima de afeto** (LMP 5.º III). Bom seria que essa definição servisse também para definir o casamento.

O casamento gera o que se chama de **estado matrimonial**, no qual os nubentes ingressam por vontade própria, por meio da chancela estatal. Historicamente a família nasce quando da celebração do casamento, que assegura direitos e impõe deveres. As pessoas têm a liberdade de casar, mas, uma vez que se decidam, a vontade delas se alheia e só a lei impera na regulamentação de suas relações.[8] Assertiva como esta, da doutrina mais tradicional, mostra que a tônica era o interesse de ordem pública, mais prevalente do que o interesse dos próprios cônjuges, que não mereciam maior atenção.

Com todos esses avanços ainda persiste prática desarrazoada. Quando a pessoa casa, a **certidão de nascimento** é substituída pela **certidão de casamento**. E, no novo casamento, novo documento de identidade: nova certidão de casamento. Absolutamente descabido que tal persista na Lei dos Registros Públicos. Até porque ela data do ano de 1973.

Apesar de não definir casamento, a lei civil declina sua **finalidade** (CC 1.511): *estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*. Também prevê seus **efeitos** ao atribuir encargos e ônus ao casal (CC 1.565): *homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família*.

A exacerbada sacralização do casamento faz parecer que seja essa a única forma de constituir a família. Mas é a família, e não o casamento, que a Constituição chama de **base da sociedade**, merecedora da especial atenção do Estado (CR 226). Apesar de ser assegurada assistência à família

---

5. Luciano e Roberto Figueiredo, Manual de Direito Civil, 1.455.
6. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, 13.
7. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, t. VII, 210.
8. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, 16.

na pessoa de cada um dos que a integram (CR 226 § 8.º), é imposto à família o dever de garantir à **criança, ao adolescente e ao jovem**, com absoluta primazia, todos os direitos que lhes são assegurados (CR 227). Também é da família o dever de amparar as **pessoas idosas** (CR 230).

No dizer de Gustavo Tepedino, a família é nitidamente instrumental: comunidade intermediária, com especial proteção do Estado, na medida em que cumpra o seu papel, a um só tempo dever e justificativa axiológica.[9] Só em caráter secundário toda a gama de deveres dos cônjuges é atribuída à sociedade. A participação do Estado é invocada de forma supletiva e residual (CR 227 e 230): *É dever da família, da sociedade e do Estado...*

Exime-se, assim, o poder público de seus deveres sociais, delegando-os à família, sem garantir ou repassar-lhe recursos para o desempenho desses encargos, apesar de a grande maioria das famílias não ter recursos para assumir tais ônus.

Casamento tanto significa o **ato de celebração** como a **relação jurídica** que dele se origina: a **relação matrimonial**. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de **comunhão de vidas**, ou **comunhão de afetos**.[10] O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do **estado de casados**. A plena **comunhão de vida** é o efeito por excelência do casamento.[11] São de tal ordem as sequelas de natureza patrimonial que não corre **prescrição** entre os cônjuges (CC 197 I).

A sociedade conjugal gera duas espécies de vínculos:

- vínculo **conjugal** entre os cônjuges;
- vínculo de **parentesco por afinidade**, ligando um dos cônjuges aos parentes do outro.

Os pais dos noivos viram sogro e sogra. Os parentes colaterais até o segundo grau (os irmãos) tornam-se cunhados. Findo o casamento, o parentesco em linha reta (sogro, sogra, genro e nora) não se dissolve. Gera, inclusive, impedimento para o casamento (CC 1.521 I).

Com o casamento ocorre a alteração do **estado civil** dos consortes. Solteiros, viúvos ou divorciados adquirem a condição de **casados**. A iden-

9. Gustavo Tepedino, O papel da culpa na separação e no divórcio, 45.
10. José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de Direito de Família, 291.
11. Idem, 293.

tificação do estado civil serve para dar **publicidade** à condição pessoal e também à situação patrimonial, proporcionando segurança a terceiros.[12]

Antes do casamento, por meio de **pacto antenupcial** (CC 1.639), os noivos podem escolher o regime jurídico que irá reger o patrimônio do casal durante sua vigência e mesmo após sua dissolução.[13] Tal avença pode ser alterada durante o casamento (CC 1.639 § 2.º) por vontade das partes.

Dependendo do **regime de bens**, os cônjuges perdem a titularidade exclusiva do seu patrimônio. Tornam-se coproprietários dos próprios bens. Cabe um exemplo: ocorrendo o casamento pelo regime da comunhão universal de bens, cada cônjuge perde a propriedade exclusiva de seus bens particulares. O outro passa a ser cotitular dos bens.

Com exceção do regime da separação voluntária de bens, em todos os demais regimes, depois do casamento, o que é adquirido por qualquer dos cônjuges, não lhe pertence com exclusividade. É o que se chama de **mancomunhão**.

Seja qual for o regime de bens, um cônjuge pode fazer **doações** ao outro, mas tal implica **adiantamento de legítima** (CC 544).

Sempre foi emprestado tanto significado ao casamento que a mulher era obrigada a adotar o **sobrenome** do marido. Com o advento do divórcio, a alteração tornou-se facultativa. O Código Civil admite que qualquer dos cônjuges adote o nome do outro (CC 1.565 § 1.º). Assim, é possível a troca de sobrenomes. Quando do divórcio, depende exclusivamente da vontade de quem mudou de nome mantê-lo ou retornar ao nome de solteiro.[14]

---

12. Julie Cristine Delinski, O novo direito da filiação, 67.
13. IBDFAM – Enunciado 24: Em pacto antenupcial ou contrato de convivência podem ser celebrados negócios jurídicos processuais.
14. Ação de divórcio com pedido de exclusão do sobrenome adotado pela mulher por ocasião do casamento. Revelia. Sentença de parcial procedência. Irresignação da ré. [...] Direito ao nome. O patronímico adquirido por ocasião da celebração de casamento civil conta com proteção especial, já que integrante dos direitos da personalidade, como identificação da pessoa, nos termos do artigo 16 do CC/02. A lei confere ao cônjuge que agregou ao seu o nome de família do outro a possibilidade de mantê-lo, mesmo com o decreto de divórcio, se assim o desejar. Inteligência do art. 1.578, § 2º, do CPC. Considerando a revelia da ré, tem-se que agiu com acerto o magistrado sentenciante. Precedente do STJ. [...] Provimento do recurso. (TJRJ – AC 00063004420198190054, 21ª C. Cív., Rel. Des. Andre Emilio Ribeiro Von Melentovytch, j. 24/09/2020).

Outro efeito do casamento é provocar a **emancipação** de quem casou antes de atingir a maioridade (CC 5.º parágrafo único II). Isso porque é admitido o casamento a partir dos 16 anos de idade: a chamada **idade núbil**.

19.3. NATUREZA JURÍDICA

Muito se discute ainda sobre a natureza jurídica do casamento. O primeiro questionamento que surge é se o ato mais solene do direito brasileiro[15] é um instituto de **direito público** ou de **direito privado**. As dúvidas não terminam aí. As divergências doutrinárias são tão acentuadas que ensejaram o surgimento de **três correntes**:

- a doutrina **individualista**, influenciada pelo direito canônico, vê o casamento como um contrato de vontades convergentes para a obtenção de fins jurídicos;
- a corrente **institucional** destaca o conjunto de normas imperativas a que aderem os nubentes; e
- a **eclética** vê o casamento como ato **complexo**, um contrato quando de sua formação e uma instituição no que diz com seu conteúdo.

Em face do elevado número de regras e imposições, que surgem por determinação legal e não por livre manifestação do par, o casamento é considerado, por muitos, uma **instituição**. Essa visão da família tem como pressuposto a própria formação do Estado, cujo dever é de promover o bem de todos (CR 3.º IV). No entanto, o aspecto institucional do casamento é muito mais sociológico do que jurídico.[16]Ainda que o casamento não faça surgir apenas direitos e obrigações de caráter patrimonial ou econômico, não se pode negar que decorre de um **acordo de vontades**. É uma convenção individual, devido ao seu caráter de consenso espontâneo e aos pressupostos exigidos para que as pessoas o possam contrair.[17] Por isso é descabido tentar identificar o casamento com institutos que tenham por finalidade exclusivamente questões de **ordem obrigacional**. Os pressupostos dos contratos de direito privado não são suficientes para explicar a sua natureza. O casamento é **negócio jurídico bilateral** que não está afeito à teoria dos atos jurídicos. É regido pelo Direito das Famílias.

15. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 41.
16. Idem, 40.
17. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, t. VII, 204.

Assim, talvez, a ideia de **negócio de Direito de Família** seja a expressão que melhor sirva para diferenciar o casamento dos demais negócios de direito privado. Mas ninguém duvida que é o **envolvimento afetivo** que gera o desejo de constituir uma família: lugar idealizado onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, sentir-se a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.[18]

Paulo Lôbo diz que o casamento é um **ato jurídico negocial**, solene, público e complexo, pois sua constituição depende de manifestações e declarações de vontade sucessivas, além da oficialidade de que é revestido, estando sua eficácia sujeita a atos estatais.[19] Muitos o consideram um **contrato *sui generis***, isto é, um contrato diferente, com características especiais, ao qual não se aplicam as disposições legais dos negócios patrimoniais.[20] Daí afirmar-se que o **casamento-ato** é um negócio jurídico e o **casamento-estado** é uma instituição.[21]

Peculiaridades envolvem o casamento. De um lado, há o **interesse do Estado** na constituição da chamada *cellula mater* (célula mãe) da sociedade, como elemento estruturante da própria sociedade organizada. E, em nome desse interesse prevalente é que se justifica a postura intervencionista do Estado nas relações afetivas. Mas, sob a ótica dos noivos, mais do que no campo da **vontade**, se está no domínio dos **sentimentos**.

A discussão, ainda que tradicional, se revela estéril e inútil. As pessoas são livres para casar, mas, no que diz com deveres e direitos, sujeitam-se aos "**efeitos do casamento**", que ocorrem independentemente da vontade dos nubentes que aderem a uma estrutura jurídica cogente. Assim, quase se poderia dizer que o casamento é um **contrato de adesão**. Efeitos e formas estão previamente estabelecidos na lei, não havendo espaço para a vontade dos noivos, que se limitam a dizer "sim" diante da autoridade civil, o que tem o alcance de concordância com os deveres do casamento.[22]

Apesar da rigidez das normas que regem o casamento, existe um espaço para os noivos deliberarem sobre **efeitos patrimoniais**. A não ser nas hipóteses em que há desobediência à recomendação de não casar – quando simplesmente o casal não pode escolher o regime de bens (CC

18. Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka, Do casamento, 10.
19. Paulo Lôbo, Famílias, 76.
20. Orlando Gomes, Direito de Família, 48.
21. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 41.
22. Paulo Lins e Silva, O casamento como contrato de adesão..., 44.

1.523 e 1.641) –, existe a liberdade de estipularem quanto aos seus bens, o que lhes aprouver via pacto antenupcial (CC 1.639).

No pacto antenupcial não cabe apenas estipulações sobre questões **patrimoniais**, no que diz com o regime de bens. Possível é estipularem previsões de natureza **pessoal e convivencial**. É cabível, por exemplo, assumirem a obrigação de se qualificarem como conviventes.

Com o fim da separação e o reconhecimento de o divórcio ser um **direito potestativo**, o desrespeito aos **deveres** conjugais (CC 1.566) não provoca qualquer consequência jurídica. Assim, podem os noivos dispensar o **dever de fidelidade recíproca**. Também é possível preverem o pagamento de indenização pela traição ou o estabelecimento de cláusula penal em caso de rompimento unilateral da união. Previsões que não afrontam disposição absoluta de lei e nem afrontam a ordem pública (CC 1.655).

Como é determinado o **registro** do pacto antenupcial (CC 1.657), cuja averbação se dá no Registro de Imóveis (LRP 167 II 1), imperativo reconhecer que o contrato de convivência, que traz disposições sobre bens imóveis, também deve ser averbado, para gerar efeitos publicísticos. Provimento do Conselho Nacional de Justiça[23] autoriza o registro das uniões estáveis – quer heterossexuais, quer homoafetivas – no Livro "E" do **Registro Civil das Pessoas Naturais**.

Podem fazer estipulações de natureza pessoal, como, por exemplo, dispensando o dever de fidelidade.

Como lembram os irmãos Figueiredo, a ausência de previsão expressa no atual Código Civil não exclui a possibilidade de serem feitas **doações antenupciais**. Basta o atendimento dos requisitos gerais (CC 538). Nada impede que os noivos façam doações recíprocas ou a favor de terceiros. Por exemplo, ao nascituro (CC 542) ou a um filho do casal (CC 542).

A doação pode ser feita por terceiros para determinado casamento. Mas ficará **sem efeito** se o casamento não se realizar.[24]

19.4. ESTADO CIVIL

O estado civil é um **atributo da personalidade**. A identificação do estado civil – que inclusive integra a qualificação da pessoa – tem

23. CNJ – Provimento 37/2014.

24. Luciano e Roberto Figueiredo, Manual de Direito Civil, 1.483.

significado tanto de ordem pessoal como social e patrimonial. A pessoa nasce **solteira**. Ao casar assume o estado civil de **casada**. Quando morre um dos cônjuges, o sobrevivente adquire o estado civil de **viúvo**. O fim do casamento provoca alteração do estado civil: a pessoa passa de casada ao estado civil de **divorciada**. O elemento diferencial é o casamento, sua existência ou seu fim.

É o casamento que provoca a alteração do **estado civil**. Os noivos adquirem condição de casados. Assim, **solteiro** é quem nunca casou, e **casado** é quem se mantém, apesar de a sociedade conjugal estar rompida (CC 1.571 III). Mesmo após a EC 66/10, persiste o estado civil de separado, não ocorrendo sua automática conversão em **divorciado**, que dissolve o vínculo conjugal. O **viúvo** perdeu a condição de casado em decorrência do falecimento do cônjuge.

Há enorme e justificável resistência por parte de **divorciados** e **viúvos**, que se sentem discriminados por assim serem rotulados, reivindicando o direito de se qualificarem como solteiros. O que importa aos terceiros é saberem se a pessoa é ou não proprietária exclusiva do seu patrimônio e não se é solteira, divorciada ou viúva.

A perfeita identificação do momento em que ocorre a **alteração do estado civil** empresta segurança às relações jurídicas. Afinal, nem as pessoas casadas nem as separadas de fato, de corpos ou judicialmente podem casar. Mas os reflexos mais significativos são de **ordem patrimonial**.

A condição de solteira, separada, divorciada ou viúva identifica a pessoa sozinha, que é proprietária de seu patrimônio, com exclusividade. Já a casada – a depender do regime de bens do casamento – não tem a disponibilidade de seus bens. Assim, quem pretende fazer qualquer negócio com outrem sempre precisa saber qual é o seu estado civil. Aos casados a lei impede a prática de determinados atos, havendo a necessidade da concordância do outro cônjuge.

Não só quando da **alienação de bem imóveis**, mas também para a concessão de **aval** ou **fiança** é necessária outorga marital ou uxória (CC 1.647). Quando o aval é prestado sem a vênia do cônjuge, tal não acarreta a nulidade da garantia. Somente ele não responde pelo pagamento.[25]

---

25. JCJF – Enunciado 114: O aval não pode ser anulado por falta de vênia conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu.

É ineficaz a fiança prestada por somente um do par.[26] Cabe lembrar que a concordância do cônjuge não o transforma em fiador ou avalista. Tanto que nem participa da ação de cobrança.[27]

19.5. ESPÉCIES

O Estado admite duas formas de celebração do casamento (CR 226 §§ 1.º e 2.º): o civil (CC 1.512) e o religioso com efeitos civis (CC 1.515 e 1.516). Ainda que haja duplicidade de formas, o casamento é regido somente por uma lei, o Código Civil, que regula os requisitos de sua validade e seus efeitos, bem como os efeitos de sua dissolução.[28]

19.5.1. Civil

O casamento civil é realizado perante o **oficial do Cartório do Registro Civil**. Trata-se de ato solene levado a efeito por um celebrante e na presença de testemunhas, nas dependências do cartório, ou em outro local. A **gratuidade** de sua celebração é preceito constitucional (CR 226 § 1.º) repetido no Código Civil (CC 1.512). Quando a pobreza for declarada, sob as penas da lei, a isenção do pagamento das custas estende-se à habilitação, ao registro do casamento e à primeira certidão (CC 1.512 parágrafo único). Assim, basta que os nubentes firmem singela declaração afirmando falta de recursos para serem dispensados de quaisquer ônus.

19.5.2. Religioso com efeitos civis

A histórica disputa entre igreja e Estado em matéria matrimonial é que empresta tanto prestígio à solenidade religiosa do casamento. É tal a importância conferida ao casamento religioso que, de modo para lá de

26. STJ – Súmula 332: A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica ■ ineficácia total da garantia.

27. Locação. Embargos à execução. Fiança. Outorga uxória. Ilegitimidade passiva da cônjuge do fiador que participou do contrato apenas como outorgante. Constatando-se que a embargante firmou o contrato de locação apenas para conceder ■ outorga uxória, fins de validar a fiança prestada pelo seu então cônjuge, não detém esta legitimidade para figurar no polo passivo da ação de execução de locativos inadimplidos. Sentença de procedência dos embargos à execução que se formaliza nesse sentido que vai mantida. Apelo desprovido. (TJRS – AC 70084052679 RS, 17ª C. Cív., Rel. Deborah Coleto Assumpção de Moraes, j. 28/05/2020).

28. José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de Direito de Família, 21.

injustificável, a própria Constituição admite emprestar-lhe efeitos civis (CR 226 § 2.º). Basta o atendimento dos requisitos legais (CC 1.515 e 1.516) para o matrimônio religioso ter a mesma eficácia. O casamento civil simplesmente não se realiza. É suficiente proceder ao registro do matrimônio para que se tenha por efetivado desde a **celebração** das bodas perante o ministro de Deus.

A **validade** civil do casamento religioso está condicionada:

- à **habilitação** – que pode ser feita antes ou depois do ato de celebração;
- à **inscrição** no Registro Civil das Pessoas Naturais (LRP 71 e 74).

A busca de efeitos civis para o casamento religioso é admitida a **qualquer tempo**. Procedidos a habilitação e o registro, ainda que tardio, os efeitos civis **retroagem** à data da solenidade religiosa (CC 1.515). No caso de prévia habilitação, o **prazo** para registro é de 90 dias. Ainda depois desse prazo, é possível o registro, desde que efetuada **nova habilitação**. Assim, realizada a cerimônia religiosa mesmo sem as formalidades legais, pode ser inscrito a qualquer tempo no registro civil. Basta que se proceda à devida **habilitação** (CC 1.516).

Já as ações para **invalidar** o casamento obedecem exclusivamente aos preceitos da **lei civil**. Se ocorreu o respectivo registro anulando o matrimônio religioso, tal não afeta a validade do casamento civil. No período entre o casamento religioso e o respectivo registro, se um dos nubentes casar no civil com outrem, há impedimento para efetuar-se o registro do ato religioso (CC 1.516 § 3.º). É no mínimo engraçado o verbo utilizado pelo legislador: “contrair” mais lembra doença ou moléstia do que a realização de um sonho!

Não se pode olvidar que o Brasil é um país laico, não cabendo priorizar uma religião em detrimento de outras. A própria Constituição assegura a inviolabilidade do direito de crença (CR 5.º VI). Nada justifica que se deixe de admitir efeitos civis aos casamentos celebrados por qualquer **religião**. Basta que esta professe fé que não se afaste dos princípios estruturantes da sociedade. Mesmo a religião que, por exemplo, admite a **poligamia** e celebra múltiplos casamentos de uma mesma pessoa. Fora essas excepcionalidades, nada impede que matrimônios celebrados por qualquer religião ou crença sejam levados ao registro civil.

Deste modo, cabe reconhecer a possibilidade do ato de celebração realizado por qualquer credo, igreja ou seita sirva para fins registrais,

como as cerimônias das **religiões de matriz afro-brasileiras** e o casamento **cigano**.[29]

19.5.3. Por procuração

Ainda que não se possa dizer que seja uma espécie de casamento, por procuração é possível casar (CC 1.542). A procuração deve ser outorgada por **instrumento público** com poderes especiais e tem validade pelo prazo de 90 dias. Por ausência de óbice legal, ambos os noivos podem ser representados por procurador.

Para a **revogação do mandato** outorgado para fins matrimoniais, também é necessário instrumento público. Se a revogação não chegar a tempo ao conhecimento do mandatário e o casamento for celebrado, o mandante responde por **perdas e danos** (CC 1.542 § 1.º). Frente ao noivo, é claro!

Revogado o mandato, em princípio, deveria ser reconhecida a nulidade absoluta do casamento. No entanto, a lei o tem por **anulável** (CC 1.550 V). Há a possibilidade de o casamento ter "validade" na hipótese de, mesmo revogado o mandato, ocorrer a coabitação entre os cônjuges. Até parece que é o **contato sexual** que convalida o casamento. Tal disposição legal acaba por referendar a falsa crença de que o casamento "se consuma" na noite de núpcias! A justificativa doutrinária é pouco convincente: evitar o uso malicioso desse expediente para conseguir os favores sexuais do cônjuge.[30]

Outro ponto revela a nítida intenção do legislador de incentivar o casamento e prestigiar a sua vigência. Expressamente é prevista a possibilidade do **casamento por procuração**, mas nada é dito sobre sair do casamento através de procurador. Limita-se a lei a dizer que a ação de **divórcio** compete **exclusivamente** aos cônjuges (CC 1.582). Mas vinha a jurisprudência admitindo, em casos excepcionais, mediante a prova da impossibilidade do comparecimento de um dos cônjuges à audiência de separação ou divórcio, sua representação por meio de procurador. Como Resolução do CNJ[31] admite que no divórcio realizado extrajudicialmente (CPC 733)

29. União estável. Casamento religioso. Religião afro-brasileira. Valor probante. Reconhecimento de união estável a partir de – e principalmente – casamento religioso devidamente provado com certidão fornecida por federação que congrega casas onde se cultua religião afro-brasileira. Aplicação do § 3.º do art. 226 da CR. Negaram provimento aos apelos. (TJRS – AI 70003296555, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 27/06/2002).

30. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 39.

31. CNJ – Resolução 35/2007.

os divorciandos possam ser representados por mandatário constituído por escritura pública, impositivo admitir a possibilidade de um ou ambos os cônjuges serem representados por procurador por ocasião do divórcio.

19.5.4. Nuncupativo ou *in extremis*

Essas esquisitas expressões identificam o casamento realizado quando um dos nubentes está em **iminente risco de morrer** (CC 1.540 a 1.542). Em face da urgência, é possível sua celebração sem juiz de paz e sem prévia habilitação. Não é necessário o atendimento de nenhum dos requisitos legais. Basta a presença de seis testemunhas que não tenham parentesco (em linha reta ou colateral, até segundo grau) com os nubentes. No prazo de 10 dias, as testemunhas devem **confirmar** o casamento perante a autoridade judicial que, antes de mandar registrar o casamento, deve proceder a uma verdadeira investigação. Estranhamente, não é prevista a ouvida do cônjuge sobrevivente.

Todo esse procedimento é dispensável se o enfermo convalescer e **ratificar** o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro. Ainda que não explicite a lei, devem ambos os cônjuges, e não só o enfermo, ratificar o casamento.

Em qualquer das duas hipóteses – quer o noivo sobreviva ou não –, os efeitos do casamento retroagem à data de sua **celebração**.

19.5.5. Putativo

Trata-se do casamento nulo ou anulável, em que um ou ambos os cônjuges estavam de **boa-fé** (CC 1.561). Mesmo desconstituído, o casamento produz efeitos com relação ao cônjuge que estava de **boa-fé**. Este período de validade vai da data da celebração até o trânsito em julgado da sentença que o anulou. Assim, quanto ao cônjuge que casou de boa-fé, a sentença tem efeito *ex nunc*, o casamento só se desfaz depois de a sentença tornar-se definitiva, transitar em julgado. Ou seja, não retroagindo nem à data do casamento (CC 1.563), nem à data da sentença anulatória.

Quanto ao cônjuge que agiu de **má-fé**, por ter ciência da causa nulificante, o efeito da anulação é *ex tunc*, retroage à data da celebração. É como se o casamento não tivesse existido.

Desse modo, haverá um período – do casamento até a sentença definitiva – que o cônjuge de boa-fé estará casado. O de má-fé não.

O resultado é insólito. Durante o período entre a celebração do casamento e o trânsito em julgado da sentença anulatória, o cônjuge inocente permanecerá casado. O que agiu de má-fé, não.

Mesmo desconstituído o casamento, persiste o direito a **alimentos** a favor do ex-cônjuge. Com relação aos **filhos**, os efeitos subsistem sempre, independentemente da boa ou má-fé dos genitores.

Silvio Rodrigues[32] e Silvio Venosa afirmam que as **doações antenupciais** não precisam ser devolvidas, porque o casamento foi subsequente à doação, tendo ocorrido o implemento da condição suspensiva que pesava sobre o negócio.[33]

19.5.6. Homoafetivo

Nem a Constituição, nem a lei, ao tratarem do casamento, fazem qualquer referência ao sexo dos nubentes. Portanto, não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Também, entre os **impedimentos**, não se encontra a identidade de sexo do par. O que obstaculizava a realização do casamento era somente o preconceito. Aliás, a construção doutrinária sobre **casamento inexistente** tem como único ponto de sustentação a alegada impossibilidade do casamento homossexual.

A **Lei Maria da Penha** (Lei 11.340/2006) alargou o conceito de família para albergar as uniões homoafetivas. Ao afirmar que se aplica independentemente da orientação sexual do par.

A partir da decisão do STF[34] que assegurou às uniões homoafetivas os mesmos direitos e deveres da união estável, passou a ocorrer a conversão da união estável em casamento. Em seguida, o STJ admitiu a habilitação para o casamento[35] e Resolução do CNJ[36] impede que seja negado acesso ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

32. Silvio Rodrigues, Direito Civil. Direito de Família, 139.
33. Silvio Venosa, A família conjugal, 173.
34. STF – ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011.
35. STJ – REsp 1.183.378/RS, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.
36. CNJ – Resolução 175/2013.

19.5.7. Consular

Brasileiros podem casar **no estrangeiro**, perante a autoridade consular do Brasil. Quem reside no exterior tem a opção de casar conforme a lei pátria, caso não queira sujeitar-se à legislação local.

O casamento deve ser submetido a **registro**, no prazo de 180 dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao País. O registro é feito no cartório do domicílio dos nubentes ou, se não tiverem domicílio certo, no 1.º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir (CC 1.544).

19.5.8. De estrangeiros

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece que a legislação do país onde está domiciliada a pessoa determina as regras gerais sobre Direito das Famílias (LINDB 7.º). Para a validade do casamento de estrangeiros no Brasil, vindo eles a fixar residência aqui, é necessário o registro da certidão do casamento, com a devida tradução e a autenticação pelo agente consular brasileiro (LRP 32).

19.6. CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

A possibilidade de converter a união estável em casamento é assegurada constitucionalmente (CR 226 § 3.º). Esta recomendação até parece hierarquizar os dois institutos, privilegiando o casamento. Aliás, dito dispositivo sempre serviu de justificativa para a diferenciação de tratamento no âmbito da legislação infraconstitucional.

A partir do julgamento do Supremo Tribunal Federal,[37] que proclamou a **inconstitucionalidade** de tratamento desigual ao casamento e à união estável, em sede do direito de concorrência sucessória, não há como deixar de reconhecer que as diferenciações caíram todas, inclusive no âmbito do Direito das Famílias.

Persistem os dois institutos, inclusive a possibilidade de conversão da união estável em casamento. Mas é necessário admitir, também, a conversão do casamento em união estável!

37. STF – Tema 809: No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil.

De forma singela, a lei civil (CC 1.726) limita-se a dizer que o pedido deve ser formulado **em juízo**, com posterior assento no registro civil.

A exigência de intervenção judicial afronta a própria recomendação constitucional de que seja **facilitada** a conversão da união estável em casamento. Ora, a necessidade de promover uma ação implica a contratação de advogado, pagamento de custas e, quem sabe, até na produção de provas. Todos fatores complicadores.

Talvez a exigência se justifique para emprestar **efeito retroativo** ao casamento.[38] Mas, ainda assim, podem os conviventes obter o mesmo resultado de ordem patrimonial por meio de pacto antenupcial. De qualquer forma, casar é muito mais fácil. Além de grátis, claro que é mais romântico!

19.7. CAPACIDADE

A maioridade acontece aos 18 anos. A partir dessa idade, as pessoas podem livremente casar e escolher o regime de bens. No entanto, é permitido o casamento a partir dos 16 anos (CC 1.517). É a chamada **idade núbil**.

Quem tiver menos de 16 anos de idade não pode casar (CC 1.520). Nem a **gravidez** autoriza o casamento de menor de 16 anos. Sequer judicialmente o casamento pode ser autorizado. Não obstante, há uma perversa consequência: impossibilitados de casar, os menores de 16 anos acabam vivendo em **união estável**. E, apesar da vedação legal (CC 1.520 e 1.723 § 1.º), a união cabe ser reconhecida se presentes os requisitos legais.[39] Como diz Flávio Tartuce, o casamento e a união estável acabam por receber uma certa condenação legislativa prévia em alguns casos, no sentido de não serem admitidos para não prejudicar determinadas pessoas, tidas como em situação de vulnerabilidade.[40]

Dos 16 até os 18 anos as pessoas são **relativamente incapazes** (CC 4.º I) e precisam ser **assistidas** para os atos da vida civil. Até completarem a maioridade civil, é necessária **autorização** dos pais para casar (CC

38. IBDFAM – Enunciado 31: A conversão da união estável em casamento é um procedimento consensual, administrativo ou judicial, cujos efeitos serão *ex tunc*, salvo nas hipóteses em que o casal optar pela alteração do regime de bens, o que será feito por meio de pacto antenupcial, ressalvados os direitos de terceiros.

39. JCJF – Enunciado 115: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese dos menores de 16 anos, é juridicamente relevante na concretização de situações existências a eles concernentes.

40. Flávio Tartuce, Direito Civil – Direito de Família, 397.

1.634 III). No entanto, se o filho estiver **emancipado,** a autorização não é necessária.[41]

Como é indispensável a concordância de **ambos os genitores**, se um não anuir, é possível buscar o **suprimento judicial do consentimento** (CC 1.517 parágrafo único, 1.519 e 1.631 parágrafo único). Na hipótese de **multiparentalidade**, todos os pais precisam autorizar o casamento.

Havendo a discordância de todos os pais – de dois ou mais –, o único legitimado a pedir o suprimento do consentimento é o **Ministério Público** (ECA 201 VIII). Arnaldo Rizzardo reconhece a legitimidade também de **parentes**.[42]

Realizado o casamento mediante autorização judicial, de modo absolutamente desarrazoado é imposto o regime da **separação legal de bens** (CC 1.641 III). Ora, se houve o suprimento do consentimento, é porque a negativa de autorização foi reconhecida como injustificável. Logo, não cabe penalizar os noivos pela resistência indevida de seus representantes.

A ausência de consentimento dos pais torna o casamento **anulável** (CC 1.550 II). Ainda que concedida autorização, esta pode ser revogada, mas somente até a data das núpcias (CC 1.518). Com o casamento cessa a menoridade (CC 5.º parágrafo único II).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao alterar um punhado de artigos do Código Civil, restringiu a **incapacidade absoluta** aos menores de 16 anos de idade (CC 3.º). A **incapacidade relativa** para certos atos da vida civil diz com outras causas incapacitantes (CC 4.º):

II – ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – pródigos. Apesar de estes sujeitarem-se à **curatela**, não estão impedidos de casar.

A pessoa com deficiência mental ou intelectual pode expressar sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador (CC 1.555 § 2.º). O casamento vale.

---

41. JCJF – Enunciado 512: O art. 1.517 do Código Civil, que exige autorização dos pais ou responsáveis para casamento, enquanto não atingida a maioridade civil, não se aplica ao emancipado.

42. Arnaldo Rizzardo, Direito de Família, 48.

19.8. IMPEDIMENTOS

Existem duas ordens de impedimentos matrimoniais:

- impedimentos de caráter **absoluto** (CC 1.521);
- impedimentos **relativos**, chamados de causas suspensivas (CC 1.523).

Desatendida a ordem legal "não podem casar", o casamento é **nulo** (CC 1.548 II). A infringência à recomendação de "não devem casar" afeta sua higidez, não torna o casamento anulável (CC 1.550).

Simplesmente é imposta sanção de natureza patrimonial: o regime da separação de bens (CC 1.641 I). Ou seja, o casamento não gera efeitos patrimoniais.

19.8.1. Impedimentos absolutos

Diante da expressão "impedimentos matrimoniais" é necessário distinguir incapacidade para o casamento e impedimento matrimonial.

A incapacidade **para o casamento** pode ser absoluta ou relativa.

- **Absoluta** – É a inaptidão genérica frente a qualquer pessoa, que não pode ser suprida pelo juiz. Alguém que não pode casar com quem quer que seja. As **pessoas casadas** não podem casar com ninguém. O casamento é **nulo** e deve ser desconstituído.
- **Relativa** – também chamada de **impedimento em sentido estrito**. É a impossibilidade de alguém casar com **determinada pessoa**. Trata-se de proibição que atinge uma pessoa com relação a outra ou outras. Assim, não podem casar, por exemplo, ascendentes com descendentes. Não se trata de **incapacidade para o casamento**, mas apenas de impedimento para casar com certa pessoa, estando livre, no entanto, para casar com quem lhe aprouver.[43]

A falta de **plena capacidade** não enseja a **nulidade** do casamento. Somente sua **anulabilidade**, se um dos noivos for incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, seu consentimento (CC 1.550 IV).

A alegação de **vício de vontade** decorrente de **erro essencial** só enseja a anulação se a ignorância, anterior ao casamento, é de **defeito físico**

43. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 37.

irremediável que não caracterize deficiência ou de **moléstia grave e transmissível**, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência (CC 1.557 III).

Entre os **impedimentos legais** (CC 1.521), encontra-se uma causa de incapacidade absoluta para o casamento: das **pessoas casadas** (VI). As demais causas são verdadeiramente impedimentos, referentes ao **parentesco** (I a V) ou por fundamento de puro **conteúdo moral** (VII). A vedação de casamento entre **pais e filhos** (ascendentes e descendentes), **sogros, genros ou noras** (parentes afins em linha reta) e entre **irmãos** (filhos de pais comuns ou não) justifica-se pela interdição do **incesto**.

Estendido o vínculo de parentesco também à **união estável** (CC 1.595), aumentou o rol dos impedimentos. Durante a vigência da união, não é possível o casamento entre os filhos dos companheiros advindos das uniões anteriores, pois são reconhecidos como **irmãos** (parentes em segundo grau por afinidade). Persistindo a união, mesmo depois de cessado o vínculo de parentesco na linha reta, o ex-companheiro não pode casar com a filha da companheira com quem viveu em união estável.

A referência de forma destacada aos **filhos por adoção** (CC 1.521 III e V) se justifica. A adoção gera duas ordens de impedimentos, tanto em relação à família de origem como diante dos familiares dos adotantes. As razões éticas são as mesmas.[44] Ainda que a Constituição proíba discriminações com referência à filiação (CR 227 § 6.º), e o adotado se torne filho igual ao natural, persistem os impedimentos decorrentes da filiação biológica (ECA 41). Por isso, o adotado sofre **duplo impedimento matrimonial** (CC 1.521 I a V).

É proibido o casamento de **parentes** até o **terceiro grau** (CC 1.521 IV), encontrando-se incluído nesta vedação o casamento entre **tio e sobrinha**. No entanto, o Dec. Lei 3.200/1941, alterado pela Lei 5.891/1973, autoriza sua realização mediante **autorização judicial**. Como o decreto não foi revogado, modo expresso, a tendência é reconhecer que não há incompatibilidade com o Código Civil, persistindo a possibilidade do casamento desde que médico ateste a compatibilidade genética para o casal procriar. Aliás, este casamento tem até um nome: **avuncular**.[45] Neste sentido, enunciado das Jornadas Conselho da Justiça Federal.[46]

44. Waldyr Grisard Filho, Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?, 39.

45. José Carlos Teixeira Giorgis, O casamento avuncular, 74.

46. JCJF – Enunciado 98: O inc. IV do art. 1.521 do novo Código Civil deve ser interpretado à luz do Decreto-lei n. 3.200/1941, no que se refere à possibilidade de casamento entre colaterais de 3º grau.

Como a finalidade procriativa não mais é da essência do casamento, sequer se justifica a exigência de realização de prévio exame médico e autorização judicial. Basta lembrar do **casamento homoafetivo**, em que inexiste capacidade reprodutiva do casal. O fato é que a Justiça vem admitindo sua realização, bem como reconhecendo a existência de união estável.

A vedação a que **pessoas casadas** casem (CC 1.521 VI) enquanto existir o vínculo conjugal – ou seja, antes do divórcio, da anulação do casamento ou da morte de um dos cônjuges – decorre da adoção do **regime monogâmico**. Tanto que a **bigamia** constitui crime (CP 235). O viúvo não poder casar com quem matou ou tentou matar seu cônjuge e foi condenado por homicídio ou tentativa de homicídio (CC 1.521 VII). Não disse a lei – mas deveria – que o impedimento ocorre em caso de **homicídio doloso**. Cabe atentar que a lei fala em "cônjuge sobrevivente", o que significa que o impedimento só tem lugar nos casos de viuvez. Assim, quem se divorcia pode casar com o autor do crime de tentativa de homicídio do seu ex-cônjuge.

Os impedimentos podem ser suscitados por qualquer pessoa até o momento da celebração do casamento. Devem ser opostos por **declaração escrita** e assinada e com a indicação das provas (CC 1.529). Nada de: fale agora ou cale-se para sempre...

Depois do casamento, mesmo que seja **nulo** (CC 1.548 II), somente os interessados podem, a **qualquer tempo**, buscar a declaração de nulidade (CC 1.549). Mas não declina a lei quem são os interessados, ou melhor, quem são os legitimados para propor a ação de anulação de casamento. Faz referência ao menor, seus representantes e ascendentes (CC 1.552), quanto ao casamento anulável. Nada é dito em se tratando de casamento nulo. Assim, por falta de referendo legal, não se sabe a quem conferir **legitimidade extraordinária** para a demanda desconstitutiva.

A legitimidade conferida ao **Ministério Público** (CC 1.549) não mais persiste. O CPC lhe outorga legitimidade tão só para interferir nas ações em que há interesse público, social ou interesse de incapaz (CPC 178 I e II). E a manutenção do casamento não exige a participação de um fiscal da ordem jurídica (CPC 178).

19.8.2. Causas suspensivas

Com a advertência de que **não devem casar**, traz a lei um rol de hipóteses em que o casamento não é proibido, mas há a recomendação para que as pessoas não casem. Apesar da expressão "causas suspensivas", tais causas são meramente **penalizadoras** na esfera patrimonial dos con-

traentes, sem invalidar o ato matrimonial.[47] Assim, mais adequadamente se deveriam chamar de **causas restritivas**,[48] pois, na prática, não ocorre a suspensão, mas mera restrição de caráter econômico. A tentativa é negar efeitos ao casamento. Melhor talvez seria chamar ditas causas de **punitivas**.

Quando o amor fala mais alto e as pessoas casam, mesmo desatendendo à recomendação legal, sujeitam-se a uma sanção: o casamento não gera efeitos de ordem patrimonial. É imposto o regime da **separação obrigatória** com o intuito de evitar o embaralhamento de bens (CC 1.641).

Diz a lei que não deve casar (CC 1.523):

I – o **viúvo ou a viúva** que tiver **filho** com o cônjuge falecido, se não foram feitos o inventário e a partilha;

III – o **divorciado**, antes de homologada ou decidida a partilha dos bens;

IV – o **tutor** ou o **curador** e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com o tutelado ou o curatelado, enquanto não cessar a tutela ou a curatela e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Em todas essas hipóteses, fica evidenciado que a motivação é exclusivamente patrimonial.

Também não deve casar (CC 1.523):

II – a **viúva** ou a **mulher** cujo casamento se desfez por nulidade ou anulação, até 10 meses depois do começo da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal. Durante esse período existe a presunção de que o filho é do marido (CC 1.597 II). Ora, exclusivamente a **morte** se presta para o efeito de estabelecer o momento do início do referido prazo. A **anulação** do casamento depende de ação judicial e só produz efeito após o trânsito em julgado da sentença. A **dissolução** da sociedade conjugal está condicionada ao divórcio judicial ou extrajudicial. Às claras que o início do lapso temporal para definir a paternidade por presunção não pode estar condicionado a esses marcos.

É a **separação de fato** que leva ao fim da convivência – ou, ao menos, gera a presunção da ausência de contatos sexuais – e, por isso, afasta a possibilidade de gravidez.

Aprovada a inexistência de gravidez desaparece a causa suspensiva. Ocorrendo o casamento sem o decurso desse prazo, se o filho nascer antes

47. Euclides de Oliveira, Impedimentos matrimoniais na união estável, 190.

48. Valdemar da Luz, Comentários ao Código Civil: Direito de Família, 30.

de 300 dias, presume-se que é do primeiro marido. Se nascer depois, é considerado filho do novo cônjuge (CC 1.598). Como o DNA identifica com segurança o vínculo de filiação, soa retrógrado manter ditas presunções. Revelam negligência do legislador, que se limitou a copiar a lei anterior.

Nenhum desses impedimentos veda a celebração do casamento. Desatendidas as restrições legais, o casamento não é **nulo** nem **anulável**. Simplesmente é imposto o regime da **separação de bens** (CC 1.641). Ocorrendo o casamento antes da partilha dos bens da união anterior (CC 1.523 I), é assegurada aos filhos **hipoteca legal** sobre os imóveis do viúvo que casou antes de fazer o inventário do cônjuge que faleceu (CC 1.489 II). A mesma garantia existe quando, no divórcio, não foi levada a efeito a partilha.

Caso os nubentes provem a ausência de prejuízo, o juiz pode **autorizar** o casamento sem aplicar as causas suspensivas (CC 1.523 parágrafo único). Assim, além de ficar afastado o regime da separação de bens, também a hipoteca legal se esvai.

A **legitimidade** para arguir as causas suspensivas à celebração do casamento só é conferida aos parentes em linha reta e aos colaterais até o segundo grau de um dos nubentes, seja o parentesco consanguíneo ou afim (CC 1.524).[49] A declaração deve ser feita por escrito e com as provas do fato alegado (CC 1.529).

19.9. PROCESSO DE HABILITAÇÃO

Em vez de delegar à lei registral – sede própria para esses procedimentos –, o Código Civil regula de forma minuciosa o processo de habilitação e a celebração do casamento.

Trata-se de procedimento instaurado perante o Cartório do Registro Civil do domicílio de um ou de ambos os noivos (CC 1.525 a 1.532; LRP 67 a 69).

A habilitação tem eficácia por **90 dias** (CC 1.532).

A quem declarar **pobreza**, a habilitação, o registro e a primeira certidão são isentos de selos, emolumentos e custas (CC 1.512 parágrafo único).

Apesar de a lei referir que a habilitação deve ser feita **pessoalmente** (CC 1.526), o requerimento pode ser firmado por **procurador com poderes**

49. JCJF – Enunciado 330: As causas suspensivas da celebração do casamento poderão ser arguidas inclusive pelos parentes em linha reta de um dos nubentes e pelos colaterais em segundo grau, por vínculo decorrente de parentesco civil.

especiais (CC 1.525). Os noivos preenchem um formulário requerendo a habilitação, declarando o respectivo domicílio e o de seus pais, se eles forem conhecidos (CC 1.525 IV). Ambos devem apresentar **certidão** de nascimento ou, em caso de divórcio ou viuvez, certidão de casamento (CC 1.525 I). Sendo algum dos noivos menor de 18 anos, é necessária a **autorização** por escrito dos pais ou a **decisão judicial** que supriu o consentimento.

Também é necessária declaração de duas **testemunhas** que atestem conhecer os noivos e afirmem desconhecer impedimento que os iniba de casar (CC 1.525 III). Igualmente, é preciso provar que eventual casamento anterior está desfeito. Para isso, deve ser anexada a certidão de óbito do cônjuge falecido ou o registro do divórcio ou da anulação de casamento (CC 1.525 V). É necessário juntar o **pacto antenupcial** (CC 1.653) ou firmaram o termo de opção pelo regime de comunhão parcial (CC 1.640 parágrafo único).

Nas hipóteses em que existem causas suspensivas à realização do casamento (CC 1.523), para ser afastado o regime da separação legal de bens, precisa ser juntada a decisão judicial que dispensou sua obrigatoriedade (CC 1.523 parágrafo único).

Atendidos esses requisitos, verificando o Oficial a inexistência de fatos impeditivos, é extraído **edital**, a ser afixado durante 15 dias no cartório em que os noivos têm **residência,** e não na cidade em que foi registrado o nascimento deles.

Como a lei não exige que o casamento seja realizado no local da **habilitação** de um ou ambos os nubentes, o edital é publicado também no local onde cada um reside (CC 1.527). Se houver **jornal** local, deve ser publicado na imprensa. Esse prazo serve para a oposição de eventuais **impedimentos**. Em caso de urgência, a publicação pode ser dispensada (CC 1.527 parágrafo único). Enunciado das Jornadas da Justiça Federal diz ser dispensável aguardar o decurso do prazo do edital, não sua publicação.[50]

Denunciada a existência de **impedimento** (CC 1.521) ou de causa suspensiva (CC 1.523), mediante denúncia escrita e acompanhada de provas (CC 1.529), deve o oficial dar ciência aos noivos da oposição apresentada (CC 1.530). É oportunizada contraprova. Evidenciada a ocorrência de má-fé do denunciante, qualquer dos nubentes pode promover ação civil ou criminal contra ele (CC 1.530 parágrafo único).

50. JCJF – Enunciado 513: O juiz não pode dispensar, mesmo fundamentadamente, a publicação do edital de proclamas do casamento, mas sim o decurso do prazo.

No processo de habilitação não há mais a **intervenção judicial**, só do Ministério Público. Exclusivamente no caso de impugnação por parte do oficial ou de terceiros, a habilitação é submetida ao juiz (CC 1.526 parágrafo único).

Diz a lei que o juiz decidirá "sem recurso" (LRP 67 § 2.º). No entanto, não há como negar acesso às vias recursais. Se foi rejeitado o pedido, por reconhecido algum impedimento, possível o uso do recurso de apelação. Porém, se não foi homologado por falta de documento, cabe nova habilitação.

19.10. CELEBRAÇÃO

O casamento – rito de passagem para o estado de casado – é um **ato solene**, cercado de rigor formal. Sua celebração é **gratuita** (CR 226 § 1.º e CC 1.512). Os nubentes devem estar previamente habilitados (CC 1.533).

O ato é realizado em dia, hora e local anteriormente designados pelo **juiz de paz**, que tem competência outorgada pela Constituição para realizá-lo (CR 98 II). A indicação de quem exerce a atividade de celebrante é feita pelas leis estaduais, variando de Estado para Estado.

A solenidade é realizada nas dependências do **Cartório do Registro Civil** em que foi feita a habilitação. Mas pode ocorrer em **outro local**, mediante autorização do celebrante (CC 1.534). Por ser solenidade pública, as **portas** devem permanecer **abertas**, até porque há a possibilidade da oposição de impedimentos. A exigência não pode ser mais absurda, principalmente em época de tanta violência.

Necessitam estar presentes: a **autoridade celebrante**; os **noivos** ou procuradores com poderes especiais (CC 1.542); o **oficial do registro civil** e **duas testemunhas**, que podem ser parentes dos noivos. Na hipótese de algum dos nubentes não saber ou não poder **assinar**, serão quatro as testemunhas (CC 1.534 § 2.º).

O juiz de paz pergunta aos nubentes se pretendem casar por livre e espontânea vontade. Ouvida a palavra "sim", o celebrante **declara efetuado o casamento** (CC 1.535).

Sempre se discutiu, e muito, sobre o momento em que o casamento efetivamente se tem por **realizado**. Apesar das divergências, predomina o entendimento de que se perfectibiliza mediante um duplo requisito: a manifestação de vontade dos noivos e a afirmação do celebrante que os declara casados (CC 1.514). Esse é o momento em que acontece o casamento.

Após a celebração, é lavrado o assento no **livro de registro civil das pessoas naturais** (CC 1.536), que é assinado pelo presidente do ato,

cônjuges, testemunhas e o oficial de registro. No assento deve constar a qualificação dos recém-casados, dos seus pais e das testemunhas, além dos dados relativos à habilitação e ao regime de bens (CC 1.536). Também é anotado o **nome** que os cônjuges passarão a usar, pois qualquer deles pode adotar o sobrenome do outro (CC 1.565 § 1.º). Como já estão casados, os cônjuges devem assinar o nome que adotaram.

O **registro** do casamento tem finalidade **certificatória**, e a **certidão** do registro serve de **prova** de sua celebração (CC 1.543). Na ausência do registro, justificada sua falta, perda ou extravio, admite-se qualquer outro meio de prova (CC 1.543 parágrafo único). Não se trata, por óbvio, da simples perda da certidão, já que pode ser emitida segunda via. Trata-se do desaparecimento do próprio registro, seja do livro, seja do cartório onde foi efetuado o lançamento.[51]

Quando o casamento era indissolúvel, justificava-se que, com o casamento, o documento identificatório da pessoa passasse a ser a **certidão de casamento**. Agora não mais. De todo descabido que haja a substituição do registro de nascimento pelo do casamento. Quando o casamento se dissolve pelo divórcio e novo casamento ocorre, é expedida nova certidão de casamento. Certamente melhor atenderia à segurança das relações jurídicas se no **registro de nascimento** fosse averbado o casamento, o divórcio, a união estável e a morte da pessoa. Tudo em único documento.

Caso um ou ambos os noivos tenham alterado o nome por ocasião do casamento, podem requerer, diretamente junto ao registro civil, a alteração do nome dos filhos havidos antes do casamento. Sejam filhos do cônjuge, sejam fruto de relacionamentos anteriores.[52] Havia expressa vedação de se proceder ao **reconhecimento de filho** na ata do casamento (Lei 8.560/1992 3.º). Tal proibição não foi reproduzida no Código Civil, silêncio que afasta a injustificável proibição, que em boa hora foi excluída. Assim, nada impede o reconhecimento no momento da solenidade do casamento.

19.11. POSSE DO ESTADO DE CASADO

Não havendo meios de comprovação do casamento – quer porque os cônjuges, por limitações físicas ou psíquicas, não podem se manifestar, quer porque já são falecidos –, socorre-se a lei da **teoria da aparência**, ao

51. Idem, 52.

52. CNJ – Provimento 82/2019.

invocar a posse do estado de casado. A **tutela da aparência** acaba dando forma e cor à exterioridade que corresponde a uma realidade que não existe.

Presume-se casado quem vive como tal, quem aparenta ser casado, quem goza da aparência de situação que corresponde a um direito.[53] Como desfruta de condição que não corresponde à verdade, mas que todos acreditam existir, a aparência não pode ser desconsiderada.

Diante da inexistência do comprovante de sua celebração, mas frente à prova da posse do estado de casado, o casamento não pode ser contestado. Se duas pessoas vivem publicamente como se casadas fossem, sua existência é reconhecida. Não se confere *status* de casamento a situações de mera convivência ou coabitação, ainda que haja filhos. Trata-se de ausência da prova documental da ocorrência do casamento que não pode ser evidenciado pela falta do registro cartorário ou de outro documento hábil. Como lembra Maria Helena Diniz, a posse do estado de casado serve como prova de casamento, além de elemento saneador de algum defeito na sua celebração.[54]

O princípio *in dubio pro matrimonio* visa a proteger o casamento. Cuida-se, na verdade, de **presunção de casamento**, e só pode ser afastada mediante a prova da existência de casamento anterior.[55] Havendo dúvida quanto à celebração da solenidade nupcial, prestigia-se o casamento se os cônjuges vivem como se casados fossem, isto é, se desfrutam da posse do estado de casados (CC 1.545). Resultando a prova do casamento de processo judicial, a sentença é levada a registro e produz todos os efeitos desde a data da sua celebração, tanto no que diz com os cônjuges como no que respeita aos filhos (CC 1.546).

Este prestígio ao casamento, a ponto de presumir que existiu ainda que não se tenha prova da sua existência, é mais um dos arcaísmos que a lei esqueceu de excluir. Como a **união estável** desfruta do mesmo *status* do casamento, não mais se justifica presumir que quem vive junto são casados!

LEITURA COMPLEMENTAR

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Casamento religioso autônomo: resgate histórico. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, ano X, n. 59, p. 17-22, set. 2014.

53. Julie Cristine Delinski, O novo direito da filiação, 66.
54. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, 118.
55. Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka, Do casamento, 33.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Famílias. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. vol. 6.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2002.

SILVA, Paulo Lins e. *O casamento: antes,* durante, depois. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. A família conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2017. p. 133-190.

20

EFICÁCIA DO CASAMENTO

Sumário: 20.1. Visão histórica – **20.2.** Tentativa conceitual – **20.3.** Direitos e deveres: **20.3.1.** Fidelidade; **20.3.2.** Vida em comum no domicílio conjugal; **20.3.3.** Mútua assistência, consideração e respeito; **20.3.4.** Sustento, guarda e educação dos filhos – Leitura complementar.

Referências legais: CR 226 §§ 1.º e 2.º; CC 1.565 a 1.570; CP 235; Lei 9.263/1996.

20.1. VISÃO HISTÓRICA

A legislação pretérita bem retratava o perfil de uma sociedade patriarcal e machista, que colocava a mulher em posição de absoluta subserviência. O **Código Civil de 1916** elencava, de modo distinto, os direitos e os deveres do marido (CC/16 233 a 239) e da mulher (CC/16 240 a 255) e empurrava a mulher para uma posição de incontestável inferioridade jurídica e social.[1]

O viés marcadamente hierarquizado da família atribuía ao homem a **representação legal da família**. Era ele o **chefe da sociedade conjugal**, o "**cabeça" do casal**, com uma série de privilégios a comprovar sua superioridade. A mulher, ao casar, era obrigada a adotar o **sobrenome** do marido. Perdia sua **plena capacidade**, pois se tornava relativamente capaz e precisava da autorização do marido para trabalhar. Ao ficar viúva, vindo a casar novamente, perdia a guarda dos filhos menores.

Era do marido a responsabilidade pela **manutenção da família**, cabendo-lhe administrar os bens comuns e os bens da mulher. Ele é quem fixava o **domicílio conjugal**. A mulher tinha de se submeter à vontade dele. Essa

1. Rolf Madaleno, O débito e o crédito conjugal, 197.

supremacia masculina se evidenciava, também, no poder familiar, que se denominava **pátrio poder**, ou seja, o poder do pai. Havendo divergência entre os genitores, prevalecia a palavra do pai. A vontade da mãe nada valia. No máximo, podia ela socorrer-se do juiz para tentar ser ouvida.

O casamento, historicamente, sempre teve por finalidade a **procriação**. Os filhos necessitavam ser filhos do patriarca, pois destinados a se tornarem os herdeiros da sua fortuna. Assim, a **fidelidade** da mulher era uma exigência, tanto que o **desvirginamento** da esposa, desconhecido do marido, autorizava a **anulação do casamento**. A verdade é que considerável número de dispositivos discriminava a mulher, os quais se tornaram odiosos com o passar do tempo.[2]

O chamado **Estatuto da Mulher Casada** (Lei 4.121/1962) devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de **colaboradora** do marido na administração da sociedade conjugal. A ela foi deferida a **guarda dos filhos menores**, no caso de serem ambos os cônjuges **culpados** pela separação. Não mais necessitava da autorização marital para o trabalho. Ainda que admitida a sua colaboração na chefia da sociedade conjugal, os direitos e deveres do marido e da mulher continuavam constando de elencos distintos.

Foi a **Constituição da República** de 1988 que impôs a **igualdade** do homem e da mulher, inclusive quanto aos direitos e deveres do casamento (CR 226 § 5.º). Assim, todas as normas da legislação infraconstitucional, que afrontavam o desígnio do constituinte, viraram letra morta. Passou a vigorar a plena igualdade. Senão a igualdade material, ao menos a igualdade formal, meio caminho andado para se alcançar a igualdade efetiva. A essa diretriz procurou afeiçoar-se o **Código Civil**, que traz, em um único elenco, os deveres a serem respeitados por ambos os cônjuges durante o casamento.

20.2. TENTATIVA CONCEITUAL

Sob a expressão: *Da eficácia do casamento*, regula o Código Civil alguns dos seus **efeitos**. Além de passar a desfrutar da especial proteção do Estado (CR 226), a família constituída pelo casamento tem eficácia *erga omnes*, pois vai além dos cônjuges e se impõe perante a sociedade.

O casamento irradia uma série de efeitos de natureza social, pessoal e patrimonial.[3] Traz algumas **vantagens** na esfera previdenciária, tributária etc., mas também impõe algumas **restrições**. O cônjuge necessita da

2. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 121.
3. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 151.

autorização do outro para: vender ou gravar de ônus real bens imóveis, prestar fiança e aval e fazer doações (CC 1.647). Ou seja, os terceiros são atingidos pela existência do casamento[4] com quem os cônjuges se relacionam juridicamente. O casamento gera a **presunção de filiação** dos filhos do casal (CC 1.597), além de tornar indissolúvel o vínculo de **afinidade** de um dos cônjuges com os parentes do outro (CC 1.595 § 2.º), pois, mesmo depois de extinto o casamento, tal relação permanece. Aliás, em face disso, existe a proibição de casamento entre sogro e nora ou com os enteados.

Mas o casamento assegura alguns **direitos**, como o de um pleitear **alimentos** ao outro (CC 1.694). As sequelas de ordem patrimonial são significativas. A depender do **regime de bens** adotado pelo casal (CC 1.639), pode haver a comunicação de bens, inclusive de bens particulares, como acontece no regime da comunhão de bens. Também o cônjuge é o primeiro legitimado a ser **curador** do outro que se incapacita (CC 1.775).

O casamento, igualmente, garante **direitos sucessórios**. O cônjuge sobrevivente é **herdeiro necessário** (CC 1.829 III) e desfruta do **direito real de habitação** (CC 1.831). Conforme o regime de bens, o viúvo tem o direito de **concorrer** com os herdeiros de classes anteriores (CC 1.829 I e II).

Outro efeito do casamento é alterar o **estado civil** dos noivos, que passam de solteiros a casados. O estado civil é um **atributo da personalidade**, que qualifica a pessoa perante a sociedade. Revela a situação jurídica do indivíduo nas relações sociais. A condição de casado cria restrições para a prática de determinados atos, daí a justificativa de essa informação integrar a qualificação das pessoas. O estado civil identifica a titularidade dos bens e a necessidade de haver a concordância de outrem para a prática de determinados atos (CC 1.647).

A partir do momento em que a **união estável** passou a produzir os mesmos efeitos de ordem patrimonial, sem reflexos no estado civil dos conviventes, a insegurança jurídica está instalada. Principalmente após o Supremo Tribunal Federal reconhecer inconstitucional o tratamento diferenciado, no âmbito sucessório, entre casamento e união estável.[5] Às claras que as diferenças no Direito das Famílias também se esvaíram. Assim, é de se reconhecer que a união estável altera, sim, o estado civil, tal como o casamento.

O casamento autoriza qualquer dos cônjuges a adotar o **nome** do outro (CC 1.565 § 1.º). Sem qualquer restrição na lei, há a possibilidade de cada um assumir o sobrenome do par. Assim, pode a noiva adotar o nome

4. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 123.

do noivo e ele, o nome dela. Igualmente, por ausência de impedimento, além da troca de nomes, é possível cada um excluir o seu nome de família. Conclusão: ocorre a inversão dos sobrenomes.

A lei civil (CC 1.565 § 2.º) limita-se a reproduzir a regra constitucional (CR 226 § 7.º) que delega ao casal o **planejamento familiar**, vedando qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. A tentativa de regulamentar tal preceito é sobremodo acanhada. A Lei 9.263/1996 define planejamento familiar (2.º): *o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal*. Afirmada a competência do Estado para propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (5.º), restringe a lei a esterilização voluntária (10). Tipifica como crime a esterilização cirúrgica fora dos permissivos legais (15). De forma absolutamente desarrazoada, é exigida a concordância expressa de um dos cônjuges para o outro submeter-se a procedimento de esterilização (10 § 5.º). Porém, não há a mesma exigência na união estável. De qualquer modo, nada justifica limitar a liberdade da mulher e do marido de escolher, por vontade própria, a extensão de sua prole, mesmo estando casados.

Outra sequela do casamento, consagrada em sede constitucional (CR 14 § 7.º), é a **inelegibilidade do cônjuge** dos ocupantes de cargo eletivo em todas as esferas do poder. A referência é exclusivamente ao casamento, mas, às claras, alcança a companheiro da união estável. Ao menos com relação ao companheiro da união homoafetiva, já se manifestou neste sentido o Superior Tribunal Eleitoral.[5]

Tese firmada pelo STF diz que a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal no curso do mandato não afasta a inelegibilidade.[6] A equívoca expressão **dissolução da sociedade** só pode dizer com o fim da união estável. A partir da EC 66/2010, não mais existe a separação judicial e o divórcio dissolve o casamento.

20.3. DIREITOS E DEVERES

A necessidade de demarcar os **núcleos familiares** como elementos estruturantes da sociedade leva o Estado a normatizar, à exaustão, o casa-

5. TSE, REsp. Eleitoral 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/10/2004.

6. STF – Tema 61: A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal.

mento como forma de constituição da família. Não se restringe a chancelar o **casamento** e regulamentar a sua **dissolução**. Assumindo o encargo de proteger a família, sente-se autorizado a atribuir responsabilidades ao casal e impor regras a serem respeitadas pelos cônjuges. O alcance da expressão "sim", na solenidade do casamento, significa a concordância de ambos os nubentes com que o Estado estabeleça a eles, de forma rígida, deveres.[7] O casamento deita sobre o par afetivo um conjunto de enunciados enumerados na lei, que impõe uma espécie de poder absoluto e exclusivo de um sobre o outro.[8]

O legislador tenta explicitar os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal que, por determinação constitucional (CR 226 § 5.º), são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. A imposição coacta de **direitos e deveres** faz lembrar a origem da palavra "**cônjuge**", que identifica quem está unido pelos "*sagrados* ***laços do matrimônio***". O vocábulo *jugum* era o nome dado pelos romanos à canga ou aos arreios que prendiam as bestas às carruagens. O verbo *conjugare* (de *cum jugare*), entre outros sentidos, significa a união de duas pessoas sob a mesma canga. Donde *conjugis* quer dizer jungidos ao mesmo jugo ou ao mesmo cativeiro. Não há como esquecer isso, quando se atenta ao exacerbado intervencionismo estatal nas relações afetivas.

Ainda que sejam impostos direitos e deveres aos cônjuges (CC 1.566), via **pacto antenupcial**, os noivos podem deliberar da forma que desejarem o modo que vão levar suas vidas. Impositivo respeitar o princípio da **autonomia da vontade**. Eles só não podem incluir cláusulas que afrontem disposição absoluta de lei (CC 1.655), dispor sobre direito sucessório (CC 426) e sobre alimentos (CC 1.707). No mais, tudo pode ser convencionado, até o estabelecimento de regras de convívio.

O Código Civil concede aos casados a condição de **consortes** e **companheiros**, repassando-lhes a responsabilidade pelos **encargos da família** (CC 1.565). Nada mais fez o legislador do que delegar aos pais o dever de assegurar o cumprimento dos direitos que são constitucionalmente assegurados a crianças e adolescentes (CR 227). Fica o Estado na cômoda posição de repartidor de deveres e ônus a serem cumpridos pelos cônjuges a partir do casamento. Não só durante o período de convívio, mas para todo o sempre.

7. Paulo Lins e Silva, O casamento como contrato de adesão..., 358.

8. Rolf Madaleno, O débito e o crédito conjugal, 196.

A lei impõe, aos cônjuges, deveres de um para com o outro. O dever de um corresponde ao direito do outro (CC 1.566):

I – fidelidade recíproca;

II – vida em comum, no domicílio conjugal;

III – mútua assistência;

IV – sustento, guarda e educação dos filhos;

V – respeito e consideração mútuos.

Apesar do extenso rol, a doutrina reconhece que a lei não cogita de todos os deveres inerentes a ambos os consortes, prevendo os mais importantes, isto é, aqueles reclamados pela ordem pública e interesse social.[9]

A presença do Estado é tão invasiva que chega à vida íntima do par. Há quem diga que o casamento gera o chamado **débito conjugal**. Ou seja, o exercício da sexualidade seria um encargo, a ponto de garantir a cada um o direito de exigir o seu adimplemento. Por tudo isso, é possível afirmar que o Estado acaba na cama com o casal! Arvora-se no direito de ditar comportamentos, impondo aos cônjuges uma série de encargos e deveres. Parece que, com sua onipotência, olvida que são **pactos íntimos** que ligam duas pessoas: parte subjacente das relações, baseadas em um contrato ou "trato".[10] Ora, ninguém consegue imiscuir-se nos espaços de convívio do par, e não será a lei que irá mantê-los unidos. De nada adianta tentar impor condutas ou ditar o modo de viver a quem optou por oficializar o seu relacionamento afetivo. Dita ingerência, além de nitidamente descabida, é de todo desnecessária. Nas relações conjugais e parentais, há total interpenetração entre direitos e deveres. Os direitos subjetivos são exercidos e os deveres jurídicos são cumpridos através de uma mesma ação do titular do direito e do dever.[11]

Eventual ou reiterado, dissimulado ou público, o **inadimplemento** dos deveres conjugais, por um ou ambos os cônjuges, em nada afeta a **existência**, a **validade** ou a **eficácia** do casamento. O descumprimento de qualquer dos deveres matrimoniais não gera a possibilidade de o cônjuge credor buscar seu **adimplemento em juízo**. Com o fim do instituto da separação, não é mais permitido sequer imputar ao infrator a **culpa** pelo

9. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, 112.

10. Melanie Falkas, O luto de uma separação, 366.

11. José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de Direito de Família, 33.

fim do amor. A partir da EC 66/10,[12] a dissolução do casamento só pode decorrer do divórcio, que não admite questionamentos sobre causas e motivos (CC 1.580 § 1.º).

A quebra dos deveres vem sendo considerada violação à **boa-fé objetiva**, lesando a **confiança** que um deposita no outro. Este é o fundamento invocado nas ações de indenização por **dano moral**, que tem abarrotado os tribunais. De qualquer modo, as regras estabelecidas para vigorarem **durante** a vida em comum têm utilidade somente para fundamentar eventual pedido de indenização. Ou seja, são invocáveis **depois de findo** o casamento. A identificação de culpa, se algum proveito traz, é auxiliar a quem sem sentiu traído a elaborar o luto da separação.

Não é a imposição de normas de conduta que consolida a estrutura conjugal. É a consciência dos papéis desempenhados que garante a sobrevivência do relacionamento como sede de realização pessoal. No atual estágio das relações afetivas, é a absoluta **lealdade recíproca** que deve pautar os vínculos amorosos, principalmente quando existe um projeto de comunhão de vidas com identidade de propósitos. A **solidariedade** é a razão mesma do surgimento do vínculo e conjugalidade e o motivo de sua permanência. Em lugar de direitos e deveres previstos inocuamente na lei, melhor se o casamento nada mais fosse do que um ninho, laços e nós de afeto, servindo de refúgio, proteção e abrigo. Como diz Michelle Perrot, o que se gostaria de conservar da família no terceiro milênio são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e de amor. Belo sonho.[13]

20.3.1. Fidelidade

O primeiro dos deveres de um cônjuge para com o outro é o de **fidelidade recíproca** (CC 1.566 I), que, nas palavras de Clóvis Beviláqua, representa a natural expressão da monogamia, não constituindo tão somente um dever moral, sendo exigido pelo Direito em nome dos superiores interesses da sociedade.[14] A fidelidade com certeza só se tornou lei jurídica, isto é, um dos deveres do casamento, porque o "impulso" da infidelidade existe.[15]

12. EC 66/10 – deu nova redação ao § 6.º do art. 226 da CR: O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.
13. Michelle Perrot, O nó e o ninho, 81.
14. Clóvis Beviláqua, Código Civil comentado, 110.
15. Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 80.

Para o estabelecimento de relações familiares, é necessário impor limitações e interdições ao desejo. Daí a necessidade de um **interdito proibitório** à infidelidade. Para Rodrigo da Cunha Pereira, o direito funciona como uma sofisticada técnica de controle das pulsões, e a imposição da fidelidade é uma renúncia pulsional.[16]

O interesse pela mantença da família como **base da sociedade** leva o Estado a arvorar-se no direito de impor regras a serem respeitadas pelos cônjuges, inclusive durante a vigência do casamento, na tentativa de amarrá-los dentro de uma estrutura pré-moldada. Ainda que imposto o dever de fidelidade a ambos os cônjuges, ele só é socialmente cobrado da mulher. A infidelidade masculina sempre foi enaltecida e até invejada pelos outros homens como demonstração de virilidade. Só a fidelidade feminina gera consequências: a **presunção de paternidade**. O filho nascido na constância do casamento presume-se filho do casal (CC 1.597). Para dar sustentação a essa verdade ficta, garantindo a **legitimidade** da prole, é obrigatória a fidelidade da esposa, não do marido. A preocupação, nitidamente, é de ordem patrimonial: assegurar a transmissão dos bens aos seus **legítimos sucessores**.

O dever de fidelidade é uma norma social, estrutural e moral, mas, apesar de constar entre os deveres do casamento, sua transgressão não mais admite punição, nem na esfera civil, nem na criminal. Com o fim do instituto da separação, perdeu completamente o sentido sua imposição como dever do casamento. Visando a desestimular a infidelidade, ainda é consagrada como crime a **bigamia** (CP 235), que torna imperativa a **anulação do casamento** (CC 1.548 II). Pessoas casadas são **impedidas de casar** (CC 1.521 VI). E é anulável a doação feita pelo cônjuge adúltero a seu cúmplice (CC 550 e 1.642 V).

Ainda assim, na eventualidade de um ou ambos os cônjuges não cumprirem o dito "sagrado dever" de fidelidade, o casamento não se rompe. Mesmo sendo uma obrigação imposta por lei, para vigorar durante sua vigência, não há como exigir, em juízo, o cumprimento deste dever. Ao menos não se tem notícia de algum cônjuge traído haver proposto **ação** pleiteando o cumprimento do dever de fidelidade. Tratar-se-ia de **execução** de obrigação de não fazer? E, em caso de procedência, de que forma poderia ser executada a sentença que impusesse a abstinência sexual extramatrimonial ao demandado? Seria o caso de imposição de *astreinte*, devendo o infiel pagar uma multa por cada traição?

16. Idem, 79.

Esforça-se o legislador em não emprestar efeitos jurídicos às relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, insistindo em chamá-las de **concubinato** (CC 1.727). A **família paralela**, por afronta do homem ao dever de fidelidade, não é reconhecida como geradora de efeitos jurídicos. No entanto, o concubinato do credor faz cessar o dever de prestar alimentos (CC 1.708). Resiste a jurisprudência em reconhecer direitos em favor do parceiro do cônjuge infiel, ainda que isso leve ao **enriquecimento sem causa** de um em detrimento do outro. Esta postura dispõe de nítido caráter punitivo com relação à mulher e sempre acaba, é claro, privilegiando o homem.

A infidelidade autorizava o cônjuge enganado a buscar a **separação** (CC 1.573 I). Com a EC 66/10, nem mais para isso serve. Aliás, a jurisprudência já desprezava a identificação do culpado para dar por findo o casamento. Como a fidelidade não é um direito exequível, e a infidelidade não mais serve como fundamento para a dissolução do casamento, inútil sua previsão legislativa. Ninguém é fiel porque assim determina a lei ou deixará de sê-lo por falta de determinação legal.

20.3.1.1. Infidelidade virtual

O namoro a distância, por meio de bilhetes e cartas, embalou o imaginário de gerações, inspirando filmes e novelas. No entanto, a presença de um mensageiro, a visita do carteiro, a existência material da correspondência, sempre foram fatores limitantes para quem precisava manter tais romances no anonimato. O temor da descoberta desestimulava a mantença de vínculos amorosos pela via postal.

A rede mundial de computadores fez surgir o espaço virtual que gerou a queda de todas as fronteiras e invadiu todos os lares, permitindo, com incrível agilidade, a **comunicação em momento real**. Assim, a *internet*, em pouco tempo, transformou-se no mais veloz, eficiente, prático e econômico meio de as pessoas se corresponderem e socializarem. Por outro lado, a possibilidade de limitar o acesso às caixas de correspondência por meio de senhas garante segurança e privacidade, tornando a troca de mensagens, músicas, fotos etc. um meio relativamente seguro para manter contatos reservados. Ao menos até o surgimento de hackers.

Fora isso, há uma tendência de as pessoas permanecerem no interior de suas residências, até por motivo de segurança, transformando-se a tela do computador na companhia preferida de legiões de pessoas que se sentem solitárias. A correspondência virtual se presta, como nenhum outro meio,

à fuga da frustrante realidade. Abriram-se, assim, as portas para encontros, confidências e intimidades, tudo protegido pelo anonimato. No campo dos relacionamentos afetivos, o uso do computador possibilitou a utilização do véu virtual, rompendo com a necessidade antes inafastável do contato físico.[17] Mas como não há "crime" perfeito, de modo bastante frequente acabam os parceiros descobrindo que seus cônjuges, companheiros ou namorados mantêm vínculos afetivos bastante intensos, íntimos e até tórridos no interior do próprio lar. Muitas vezes, na presença desatenta do par.

O questionamento que passou a inquietar a todos é se o **relacionamento virtual** pode ser reconhecido como infração ao dever de fidelidade. A tendência é considerar a comunicação, mantida através da *internet*, como "infidelidade virtual", reservando-se a expressão "adultério" ao relacionamento sexual presencial. Essa distinção, no entanto, não encontra respaldo na doutrina tradicional, que sempre distinguiu a fidelidade no sentido físico e moral. A **fidelidade física** corresponde à manutenção de relações sexuais exclusivamente com o outro cônjuge. Já a **infidelidade moral** afronta ao dever de lealdade de cada um dos membros do casal para com o outro, e não está munida de sanção eficiente.[18] De qualquer modo, configuraria **injúria grave**, por caracterizar desrespeito ao outro cônjuge.[19] Ao menos constitui afronta aos deveres de sinceridade, zelo pelo cônjuge e pela família.[20] Existe é quebra da **confiança**, do dever de lealdade e de respeito, a gerar um sentimento negativo que acaba configurando violação da personalidade do outro. E, a depender da repercussão que provoca, pode dar ensejo ao reconhecimento do direito a indenização por dano moral.

Ficam, então, algumas reflexões: é justo punir aquele que não ama mais? É possível, efetivamente, achar um culpado pelo fracasso do casamento ou da união estável? Quem é mais responsável pela ruína de uma união: o parceiro que, há tempos e continuadamente, vem praticando as mais diversas "faltas", ou o outro, que cometeu o último deslize? Quem é o infrator? O que se relacionou amorosamente pela *internet* ou aquele que despreza o outro e mantém apenas uma aparência de casamento? Não cabe nominar de descumprimento do dever de fidelidade quando não existe afronta ao dever de respeito que deve reger as relações interpessoais. Ora, não há como falar em **traição** quando alguém se relaciona com outro exclu-

---

17. Alexandre Rosa, Amante virtual:..., 20.
18. Arnoldo Wald, Direito de Família, 73.
19. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 175.
20. Adriana Caldas do Rego Maluf, Direito das Famílias, 430.

sivamente por meio de trocas virtuais. Não se pode confundir o mero **ciúme** do cônjuge, que se sente preterido pelo momento prazeroso desfrutado pelo parceiro, com infidelidade ou adultério. Descabe considerar alguém culpado por fazer uso de um espaço imaginário e se relacionar com uma pessoa "invisível". Postados diante do terminal de computador, ocorre um mergulho em uma realidade diversa, na qual não há mais separação entre o ator, a plateia e o palco: *tudo se confunde, nada/tudo existe.*[21]

De qualquer modo, ninguém está autorizado a invadir o correio eletrônico alheio, mesmo que não esteja bloqueado por meio de senha. Ainda que o computador seja de uso comum. O direito à **inviolabilidade do sigilo da correspondência**, assegurado constitucionalmente (CR 5.º XII), compreende a correspondência virtual. Acesso a *e-mails, WhatsApp*, ou outras ferramentas digitais alheias configura **invasão de privacidade**, que dispõe de resguardo como direito fundamental (CR 5.º X). Ao depois, são inadmissíveis, em juízo, provas obtidas por meios ilícitos (CR 5.º LVI). A comunicação via cibernética é um espaço de absoluta privacidade, fazendo parte da auréola da intimidade individual. Inadmissível a correspondência virtual ser trazida a juízo como prova de infidelidade, até porque se tornou irrelevante desvendar culpas e responsabilidades para solver o vínculo de casamento. Em face do conflito de interesses, há que se atentar sempre para o critério da proporcionalidade.[22] O direito do "traído" esbarra num direito maior do seu consorte, que é tutelado em sede constitucional, de não ter sua intimidade e sua vida privada expostas e reveladas, de receber um tratamento digno e humano.[23] Nada justifica sacrificar o direito à preservação da intimidade.

Quando se está frente à auréola de absoluta privacidade de alguém, e seu agir em nada atinge a dignidade do outro, não se pode falar em adultério ou infidelidade virtual. Senão, em pouco tempo, se estará querendo reconhecer como infringência ao dever de fidelidade o mero **devaneio**, a simples **fantasia** que empresta tanto sentido à vida. Não há como nominar de infidelidade – e muito menos de adultério – encontros virtuais, sob pena de se ter como reprovável o simples desejo, ou a idealização de um contato com o protagonista de um filme que se esteja assistindo.

A imposição do **dever de fidelidade** simplesmente visa a impedir a concepção de **prole ilegítima**. Assim, somente na hipótese de haver

21. Alexandre Rosa, Amante virtual:..., 22.
22. José Carlos Teixeira Giorgis, O Direito de Família e as provas ilícitas, 163.
23. Marta Vinagre Bembom, Infidelidade virtual e culpa, 32.

o risco de os relacionamentos gerarem **contatos sexuais** é que haveria a possibilidade de se cogitar de infidelidade ou adultério. Ainda que um dos 10 mandamentos seja *não cobiçar a mulher do próximo*, no mundo virtual o outro não está próximo. Não há como reconhecer na "cobiça", no mero desejo por outrem, adultério ou infidelidade.

Afinal, ninguém pode ser impedido de sonhar!

20.3.2. Vida em comum no domicílio conjugal

Os outros direitos e deveres reciprocamente impostos aos cônjuges também não resistem a uma análise acerca de sua **efetividade**. Na expressão "vida em comum, no domicílio conjugal" (CC 1.566 II), não se pode ver a imposição do *debitum conjugale*, infeliz locução que não pode significar dever de alguém de se sujeitar a **contatos sexuais**. A origem da expressão **débito conjugal** é de natureza religiosa, já que a finalidade do matrimônio é a procriação. Aliás, a falta de contato sexual é causa inclusive para a anulação do casamento religioso. Estes preceitos não cabem ser transportados para a regulamentação do casamento pelo Estado.

Aliás, há a falsa crença de que o matrimônio "se consuma" na noite de núpcias. Ora, o casamento se constitui no ato de sua celebração, e não no leito nupcial. Somente pode ser desfeito se houver infringência aos impedimentos legais (CC 1.548 ou 1.550), e em nenhuma dessas hipóteses se encontra dever de ordem sexual. O fato de a fidelidade implicar renúncia à liberdade sexual não serve sequer de justificativa. Nem por isso nasce a obrigação de exercício da sexualidade.

Essa suposta obrigação parece significar o dever de um cônjuge de ceder à vontade do par e atender ao desejo sexual do outro. Mas tal obrigação não está na lei. Basta a comunhão de vida no sentido espiritual e social; o casamento do impotente ou dos estéreis não é menos casamento que os outros.[24] A previsão da vida em comum entre os deveres do casamento não significa imposição de **vida sexual ativa** nem a obrigação de manter **relacionamento sexual**. Essa interpretação infringe o princípio constitucional de respeito à dignidade da pessoa, bem como o direito à liberdade e à privacidade, além de afrontar o direito à **inviolabilidade do próprio corpo**. Não existe sequer a obrigação de se submeter a um beijo, afago ou carícia, quanto mais de se sujeitar a práticas sexuais pelo simples fato de estar casado. Mas, talvez, o mais absurdo seja sustentar que o des-

24. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, t. VII, 210.

cumprimento de tal "dever" dá ensejo à pretensão **indenizatória**, como se respeitar a própria vontade afrontasse ou comprometesse imagem do parceiro. A abstinência sexual indenizável, e a não aceitação de contato corporal não gera **dano moral**.

A eventual ou contumaz **ausência da vida sexual** não afeta a higidez do casamento. Não serve de motivo para sua **anulação**, apesar de a virgindade da mulher depois do casamento já ter servido de motivo para a sua desconstituição. O simples fato de haver arrefecido a paixão ou o desejo não produz qualquer efeito. Ninguém pode ser condenado pela falta do estímulo indispensável para que os contatos físicos sejam um verdadeiro coroamento das relações afetivas que enlaçam o par. Afinal, não é o exercício da sexualidade que mantém o casamento. São muito mais a afetividade e o amor. Desarrazoado e desmedido pretender que a ausência de contato físico de natureza sexual seja reconhecida como **inadimplemento** de dever conjugal. Tal postura pode, perigosamente, chancelar a **violência doméstica**, sob a justificativa de garantir o exercício do direito ao contato sexual. Não se pode olvidar a tendência, que prevaleceu por muito tempo, de desqualificar o **estupro conjugal**, que repousava na obrigação do coito para os parceiros e era cometido essencialmente por homens, em face do reconhecimento do direito ao exercício da sexualidade.[25]

A imposição legal de vida no **domicílio conjugal** não se justifica, pois compete a ambos os cônjuges determinar onde e como vão morar. Necessário respeitar a vontade dos dois, sendo de todo descabido impor um lar comum, até porque a pessoa pode ter **mais de um domicílio** (CC 71). Cada vez com mais frequência, casais vêm optando por viverem em residências diversas, o que não significa infringência ao dever conjugal.

Com o fim da separação e da identificação de culpados, os deveres conjugais perderam ainda mais o significado. As figuras de **abandono do lar** (CC 1.573 IV) e **conduta desonrosa** (CC 1.573 VI) não podem ser invocadas para a imposição legal do dever de coabitação.

20.3.3. Mútua assistência, consideração e respeito

A promessa de amar e respeitar, na alegria e na tristeza, na pobreza e na riqueza, na saúde e na doença, feita na cerimônia religiosa do casamento, nada mais significa do que o compromisso, imposto a ambos os cônjuges, de atenderem ao dever de mútua assistência (CC 1.566 III) e de

25. Elisabeth Roudinesco, A família em desordem, 125.

mútuo respeito e consideração (CC 1.566 V). O casamento não transige em matéria do pão do corpo e do pão da alma.[26]

O casamento estabelece **comunhão plena de vida** (CC 1.511), adquirindo os cônjuges a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). Nada mais do que sequelas do dever de mútua assistência. Entre os cônjuges se estabelece verdadeiro vínculo de **solidariedade**. Sempre que questões de ordem patrimonial precisam ser solvidas, principalmente depois de rompido o elo de convivência, são invocáveis as normas das **obrigações solidárias** (CC 264).

A família encontra fundamento no afeto, na ética e no respeito entre os seus membros, que não podem ser considerados apenas na constância do vínculo familiar. Pelo contrário, devem ser sublimados exatamente nos momentos mais difíceis da relação. A presença desses elementos é o ponto nodal da unidade familiar.[27] O dever de assistência transborda os limites da vida em comum e se consolida na **obrigação alimentar** para além da dissolução do casamento. Aliás, outro não é o fundamento para os alimentos serem devidos depois do divórcio, que dissolve o vínculo matrimonial. Os alimentos são **irrenunciáveis** (CC 1.707) e, mesmo que tenham sido **dispensados** quando da separação, é possível buscá-los posteriormente (CC 1.704). Divergências existem sobre a possibilidade de serem reivindicados depois do divórcio. Não existe vedação na lei. Assim, não há como fazer a obrigação desaparecer quando a necessidade de um é absoluta e tem o ex-cônjuge condições de prestar auxílio a quem um dia jurou auxiliar na miséria e na doença.

20.3.4. Sustento, guarda e educação dos filhos

Não só o Código Civil (1.566 IV), mas também a Constituição (227) e o ECA (4.º) impõem à família o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. No entanto, essa obrigação é dos pais enquanto pais, não enquanto casados. Ainda que a **direção da sociedade conjugal** seja exercida por ambos os cônjuges (CC 1.567), e as eventuais divergências devam ser solvidas judicialmente, tal não gera responsabilidade solidária no sentido de que o adimplemento do dever por um dos pais libera o outro do encargo.

Exercem ambos os genitores o **poder familiar** durante o casamento (CC 1.631). Depois do divórcio, não se modificam os deveres dos pais em

26. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 163.
27. Fabíola Lôbo, Poder familiar nas famílias recompostas..., 171.

relação aos filhos (CC 1.579). Persiste o dever de sustento e de educação da prole. O ônus é de ambos os pais. O genitor que não está com a guarda fática do filho necessita contribuir para a sua manutenção na proporção de seus recursos (CC 1.703). A responsabilidade é **divisível**, pois depende dos bens e rendimentos de cada um, que devem contribuir, na proporção de sua condição econômica, para a manutenção dos filhos. Ambos estão sujeitos à prática do delito de **abandono material** (CP 244). Ou seja, os deveres dos pais para com os filhos são **individuais**. A impossibilidade de um de honrar o compromisso de sustento não transfere ao outro a obrigação de arcar sozinho o sustento da prole.

Não ocorre a transmissão da obrigação de um dos genitores ao outro, subsidiariedade que não está na lei. Essa orientação, no entanto, não é acolhida pela jurisprudência, o que acaba por sobrecarregar, exacerbada e injustificadamente, o genitor que tem o filho sob sua guarda.

A transmissão do encargo não é ao outro genitor, mas aos parentes do credor (CC 1.696 e 1.698). Deixando um dos genitores de cumprir com o encargo alimentar com relação ao filho, este pode invocar a **obrigação alimentar dos avós**.

LEITURA COMPLEMENTAR

FREITAS, Douglas Phillips. *A função sociojurídica do(a) amante*. Florianópolis: Conceito, 2008.

LÔBO, Paulo. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 26, p. 5-17, out.-nov. 2004.

MADALENO, Rolf. O débito e o crédito conjugal. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA. Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e Psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003. p. 195-204.

21

INVALIDADE DO CASAMENTO

Sumário: 21.1. Tentativa conceitual – **21.2.** Casamento inexistente?: **21.2.1.** Autoridade competente; **21.2.2.** Declaração de vontade; **21.2.3.** Diversidade de sexo – **21.3.** Casamento existente – **21.4.** Casamento nulo e anulável: **21.4.1.** Nulo; **21.4.2.** Anulável; **21.4.3.** Menoridade – **21.5.** Efeitos quanto aos filhos – **21.6.** Casamento putativo – **21.7.** Ação de nulidade e de anulação: **21.7.1.** Legitimidade; **21.7.2.** Ônus da prova; **21.7.3.** Interesse de agir; **21.7.4.** Efeitos da sentença – **21.8.** Alimentos – Leitura complementar.

Referências legais: CC 10 I, 546, 1.548 a 1.564, 1.583, 1.584, 1.617; CPC 178 II, 53, I, 189 II; CP 235 a 239; Lei 5.478/68 (Lei de Alimentos - LA) 13; Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos - LRP) 29 § 1.º *a*, 167 II 14; Dec. 7.107/10.

21.1. TENTATIVA CONCEITUAL

Sempre foi grande a preocupação do Estado na preservação do casamento que, em um primeiro momento, era indissolúvel. Mesmo com o advento do divórcio, persistiu o interesse na sua manutenção. Tentava-se de todas as formas impedir sua dissolução, impondo obstáculos tanto à anulação do casamento como à separação e ao divórcio. A lei mostra-se indulgente em matéria de nulidade de casamento, atribuindo efeitos ao ato anulável e mesmo ao ato nulo.[1]

Apesar do fim da separação e do instituto da culpa,[2] sem a necessidade do implemento de prazos para a concessão do divórcio, os novos ares não

1. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 142.
2. A EC 66/10 deu nova redação ao § 6.º do art. 226 da Constituição da República.

chegaram às regras que regulam a invalidade do casamento. O Código Civil simplesmente copiou a legislação pretérita. Preocupado muito mais em encontrar meios de validar o casamento a regulamentar sua desconstituição, o legislador não se limitou a relegar o tema aos capítulos que normatizam a nulidade dos atos e negócios jurídicos. Mantém um **sistema especial**, com normas específicas dentro de um **regime fechado** (CC 1.548 a 1.564). Esse é o motivo que faz a doutrina afirmar, de forma uníssona, que, fora das hipóteses elencadas na lei, não há vício que possa desconstituir o casamento. O entendimento dominante é que, se a lei deve esgotar as hipóteses de nulidade do casamento, não existe **nulidade sem texto**: não há exceção à regra.[3] Caio Mário é categórico ao afirmar que o regime das nulidades dos atos e negócios jurídicos não tem aplicação em matéria de casamento.[4] Assim, não se pode sequer invocar os vícios que regem os negócios jurídicos. É desprezado tudo que o próprio Código regula sobre capacidade civil (CC 3.º a 5.º), validade (CC 104 a 114), defeitos (CC 138 a 165) e invalidade dos negócios jurídicos (CC 166 a 184).

O legislador preocupa-se tanto com a **validade** do casamento que só admite invalidade ou ineficácia em situações descritas textualmente.[5] Esse **tratamento diferenciado** revela que a intenção é, muito mais, garantir sua higidez. Tanto é assim que dá para dizer que as regras que regem a nulidade de casamento têm, como finalidade maior, encontrar meios para ele não ser anulado.

Ainda que a lei empreste tanto prestígio à validade do casamento e regule minuciosamente sua anulabilidade, o tema **perdeu** muito do seu **significado**. Justificava-se a busca da sua anulação quando o casamento era indissolúvel. A única saída para alguém libertar-se de um casamento infeliz, além da viuvez, era tentar sua anulação.[6] O **desquite** não o solvia, tanto que impedia novo casamento.

A partir do **divórcio**, são escassas as ações que buscam desconstituir o casamento. Afinal, não só a anulação, mas também o divórcio, dissolvem a sociedade conjugal (CC 1.571 § 1.º). Até porque é muito mais fácil obter o divórcio, principalmente após a EC 66/2010. Inclusive pode ser levado a efeito **extrajudicialmente**. Demorado e muito mais penoso é tentar anular o casamento, pois há a necessidade de provas que, às vezes, comprometem

---

3. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 122.
4. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 84.
5. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 117.
6. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 78.

a própria dignidade das partes e ofendem a privacidade e a intimidade do próprio casal. Ainda assim, a lei dedica 17 artigos à invalidade do casamento, enquanto o divórcio dispõe de escassos dois dispositivos legais (CC 1.581 e 1.582).

De qualquer forma, há diferenças entre divórcio e a desconstituição do casamento... A **anulação** tem **efeito retroativo** e o dissolve desde a celebração (CC 1.563). Efeito *ex tunc*. O **divórcio** produz efeitos a contar do trânsito em julgado da sentença que o decreta. Efeito *ex tunc*. Exclusivamente o **casamento putativo** – e tão só com referência ao cônjuge de boa-fé – tem vigência igual à do divórcio: produz efeito até a data da sentença anulatória (CC 1.561), ou melhor, até o trânsito em julgado da sentença que anula o casamento. Ainda assim, de forma frequente, proposta a anulação de casamento, acaba o juiz decretando o divórcio.

Há que se nominar, no mínimo, como curiosa a decisão do STJ[7] que homologou a **anulação de casamento religioso** de sentença eclesiástica proferida pelo Vaticano, atentando ao acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil (Decreto 7.107/2010).

Em sede de direito matrimonial, dois princípios são prestigiados:

O **princípio da aparência** empresta relevância jurídica à **posse do estado de casado**: convivência ostensiva na condição de casados. Imagina o legislador que a situação de **fato** exterioriza uma situação de **direito**. Havendo controvérsia sobre a existência do casamento, sem que haja prova de sua celebração, desfrutando o par da posse do estado de casado, **presume-se o casamento**. Trata-se de presunção que facilita a prova do casamento (CC 1.545), atribuindo juridicidade à mera situação de fato. Da mesma maneira que, no Direito das Coisas, a posse gera presunção de domínio, a ponto de levar à usucapião. Também a posse do estado de casado revela a existência de um casamento, criando presunção de sua existência.[8]

Este princípio acaba se refletindo no que diz como validade do casamento. A situação de fato não serve exclusivamente como prova do casamento, mas também como **elemento saneador** de algum defeito ocorrido quando da sua celebração. Assim, não se anula o casamento quando há posse do estado de casado, que sana qualquer vício existente.[9] Se tudo isso

7. STJ – Corte Especial, SEC 11.962-EX, Rel. Min. Felix Fischer, j. 04/11/2015.
8. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 71.
9. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, 118.

tinha algum significado, deixou de ter a partir da constitucionalização da **união estável**. Ora, se não há prova do casamento, mas estão presentes os requisitos da **união estável**, nem há razão para se ter o casamento como putativo.

Pelo **princípio *in dubio pro matrimonio***, a **dúvida** sobre a celebração do casamento também leva à presunção de sua ocorrência.[10] Empresta-se validade ao casamento julgando-se a seu favor (CC 1.547). Trata-se de dogma de origem no direito canônico, que tem o casamento como um sacramento indissolúvel. E houve época em que só existia o casamento religioso. Mesmo com a laicização do Estado, ou seja, o afastamento entre igreja e Estado, permaneceu a regra que se inclina pela sua manutenção.

Ambos os princípios tendem a conceder tratamento especial ao casamento visando a sua **manutenção** e **higidez**. Tanto é assim que, antes do casamento, qualquer pessoa capaz pode opor impedimentos à sua realização (CC 1.522). Depois da sua celebração, a legitimidade para propor a ação de anulação fica limitada a quem tiver interesse na sua desconstituição.

21.2. CASAMENTO INEXISTENTE?

A parte geral do Código Civil disciplina a **nulidade** e a **anulabilidade** dos atos jurídicos. Em matéria de Direito das Famílias, distingue casamento nulo e anulável. Em face do tratamento diferenciado concedido às invalidades matrimoniais, prevalece o entendimento de que é indispensável previsão legal expressa para sua desconstituição. A doutrina universal por muito tempo proclamou, em caráter absoluto, não se admitirem **nulidades virtuais** em matéria de casamento, descabendo aplicação analógica.[11]

Nada diz a lei sobre ato ou negócio inexistente nem sobre casamento inexistente. Ainda assim, a doutrina empresta relevância a essa categoria, dizendo que é no direito matrimonial onde mais resplandece a evidência de atos inexistentes.[12] Eis a justificativa: como a lei não elenca algumas causas de nulidade do casamento (ausência de celebração, ausência de manifestação de vontade e diversidade de sexo dos nubentes), ficava o juiz desarmado, não havendo possibilidade de invalidar casamentos portadores de defeitos insanáveis por não encontrar texto expresso para fundar a ação

---

10. Em tradução livre: na dúvida, a favor do matrimônio.
11. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 87.
12. Arnaldo Rizzardo, Direito de Família, 104.

anulatória.[13] Por isso, a afronta a tais pressupostos passou a ser considerada como **ausência de elemento essencial** à própria existência do casamento. A categoria da inexistência vem em socorro do intérprete em situações de extrema perplexidade, quando o sistema de nulidades não se amolda perfeitamente ao caso.[14] Aí está a origem do casamento inexistente!

A teoria da inexistência jurídica, que nasceu no âmbito do direito matrimonial, migrou para a teoria geral e passou a ser aplicada também nos atos e negócios jurídicos. Cabe lembrar que, quando se fala em inexistência, não se está falando em **inexistência material**, mas em **inexistência jurídica**. É algo que existe faticamente, mas não tem relevância jurídica. Não possuindo conteúdo jurídico, não pode produzir nenhum **efeito jurídico**. A grande dificuldade, porém, é estabelecer a distinção, no plano teórico, entre o nulo e o inexistente, o que faz surgir delicados problemas de fronteira. Travam-se sérias discussões na tentativa de estabelecer os elementos essenciais à existência do negócio jurídico em geral. Não há consenso em identificar quais seriam esses elementos cuja falta acarretaria sua inexistência: se o objeto, a forma ou a causa – o que deixa a **impressão de trilha** de um caminho falso, de modo a levar a resultados arbitrários e insatisfatórios.[15]

Tradicionalmente, são identificados **três pressupostos** para a existência do casamento:

- celebração perante autoridade legalmente investida de poderes para tal;
- consentimento manifestado na forma da lei pelos noivos; e
- diferença de sexo dos nubentes.

Ainda assim a doutrina não converge sobre tal enumeração, havendo quem sustente – e não sem razão – a irrelevância jurídica da inexistência matrimonial, considerando tais hipóteses como de nulidade absoluta. A maior crítica feita à teoria da inexistência é quanto à sua inutilidade perante a categoria dos atos nulos. Para Silvio Venosa, dizer que um ato é nulo ou que não existe é, sob todos os pontos, a mesma coisa.[16]

---

13. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 81.
14. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 119.
15. José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de Direito de Família, 21.
16. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 118.

Flávio Tartuce critica a teoria da inexistência, sob o fundamento de que a boa-fé não pode curar o que não existe. Aduz que, se forem aplicadas as regras da nulidade absoluta, inútil seria o plano da existência, sendo melhor considerar que o casamento é nulo. Ao depois, o casamento inexistente não pode ser reconhecido como putativo, não podendo ser aplicado o art. 1.561 do CC.[17]

21.2.1. Autoridade competente

A Constituição da República determina a criação da **justiça de paz**, com competência para celebrar casamento (CR 98 II). O Código Civil fala em **presidente do ato** (CC 1.535). Cabe às leis estaduais de organização judiciária investir quem quiserem para esta atividade. O requisito é ter mais de 21 anos (CR 14 § 3.º VI *c*).

Como há a possibilidade de o casamento **religioso** produzir efeitos civis (CC 1.515), a autoridade competente será o ministro da religião dos noivos, seja ela qual for. Também a **autoridade consular** pode celebrar casamento de brasileiros no estrangeiro (CC 1.544). Em se tratando de casamento **nuncupativo** (CC 1.540), ou seja, quando se encontra um dos noivos em iminente risco de vida, o casamento pode ser celebrado por qualquer pessoa.

A solenidade do casamento é revestida de **formalidades** e visa a colher o **consentimento** do casal. Manifestando ambos livremente a vontade de casar, o Estado chancela o desejo de passarem à condição de casados. O ato de **celebração** representa o **elemento formal** do casamento, emprestando-lhe **efeito constitutivo**. Porém, ainda que o casamento tenha sido celebrado por autoridade **incompetente**, houve a livre manifestação de vontade do par. Não se pode deixar de reconhecer que ocorreu o casamento, ainda que se tenha de chamá-lo de **putativo** ou de **boa-fé**. Após aparente solenidade, passou o casal a ostentar a condição de casado, a desfrutar da **posse de estado de casado**. De outro lado, também o **princípio de presunção do casamento** permite contornar a invalidade do ato de celebração por ilegitimidade do celebrante, não se podendo falar em inexistência do casamento.

Ainda que a doutrina insista em considerar a competência do celebrante como pressuposto à existência do casamento, o legislador considera somente **anulável** o casamento realizado por autoridade incompetente (CC 1.550 VI). No entanto, se o celebrante se apresentava publicamente como

17. Flávio Tartuce, Direito Civil – Direito de Família, 34.

autoridade para esse ofício, e o ato foi registrado, o casamento subsiste (CC 1.554). As sequelas são somente na esfera criminal: realizado o casamento mediante **simulação**, quem participou dolosamente da encenação responde criminalmente (CP 238 e 239).

21.2.2. Declaração de vontade

A hipótese de inexistência de casamento por ausência de manifestação de vontade é considerada meramente acadêmica,[18] pois se refere às hipóteses em que um dos noivos disse "não", ficou em silêncio ou outra pessoa respondeu por ele, sem que o celebrante tenha percebido.

Porém, deixando o cônjuge de buscar a desconstituição do casamento, no prazo de quatro anos, não há como questionar a existência do ato. Descabe falar em casamento inexistente. Ora, a falta de manifestação de vontade configura, no máximo, vício de vontade, sob a forma **coação**, a permitir sua anulação (CC 1.559) ao invés do reconhecimento da inexistência do casamento. Para buscar a anulação existem prazos (CC 1.560), e é de todo desarrazoado que, mantendo-se inerte o cônjuge, por mais de quatro anos, venha depois singelamente alegar inexistência do casamento por ausência de manifestação de vontade.

21.2.3. Diversidade de [illegible]

Nem a Constituição, nem o Código Civil impõem a diversidade de sexo dos noivos como condição para o casamento. Assim, para sustentar a teoria do casamento inexistente, invoca-se como exemplo o casamento homossexual. Ora, se esse exemplo, até há algum tempo, podia servir, hoje se tornou imprestável para este fim. A diversidade de sexo do par não é mais um elemento essencial para o casamento. Depois que o STF reconheceu as **uniões estáveis homoafetivas**,[19] casamentos têm sido celebrado às centenas, até porque o Conselho Nacional de Justiça proibiu que negue sua celebração.[20]

Nem o casamento de **transexual** é de ser admitido como inexistente ou inválido. Mesmo sem a redesignação dos órgãos genitais, pode ser feita

18. José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de Direito de Família, 221.
19. STF, ADI 4277 ▪ ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011.
20. CNJ – Resolução 175/2013.

administrativamente[21] a alteração do nome e retificada a identidade do sexo, não há impedimento para casar. O casamento não é nulo nem inexistente. Alegando o consorte que desconhecia a condição de transexual do cônjuge, pode eventualmente ser reconhecido erro essencial de pessoa (CC 1.557 I) a justificar sua anulação, e não a declaração de sua inexistência.

21.3. CASAMENTO EXISTENTE

A tentativa de transformar o casamento em um ato **invisível**, como pretende boa parte da doutrina, só serve para mostrar que não existe casamento inexistente. Não há como afirmar que o casamento inexistente é um **nada jurídico**, não gerando qualquer efeito, inclusive quanto à presunção de paternidade dos filhos.[22] Mas há quem afirme que o casamento não pode sequer ser reputado como putativo.[23]

Arnaldo Rizzardo chega a afirmar que a inexistência pode ser declarada de ofício, a qualquer tempo, em qualquer ação, mesmo sem o conhecimento dos cônjuges, a requerimento de qualquer interessado, não trazendo qualquer efeito quanto à pensão alimentícia e à meação dos bens.[24] De todo descabido sustentar não ser necessário um **processo judicial** para declarar que o casamento não ocorreu. Como foi celebrado, ainda que de forma aparente, seria indispensável proclamar sua inexistência por meio de uma **ação declaratória**, para subtraí-lo do mundo jurídico. Ambos os cônjuges precisariam ser partes da ação, como **litisconsortes necessários** para se sujeitarem aos efeitos da coisa julgada. Em face da natureza declaratória

---

21. STF – Tema 761: I) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; II) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo "transgênero"; III) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; IV) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.
22. Idem, 224.
23. Antonio Cezar Lima da Fonseca, O Código Civil e o novo Direito de Família, 51.
24. Arnaldo Rizzardo, Direito de Família, 107.

da demanda, a sentença teria efeito retroativo à data da celebração. Mesma eficácia da sentença de anulação de casamento (CC 1.563).

Quanto à **prescrição** e à **decadência**, também não aproveita a teoria do casamento inexistente, pois se tratam de efeitos que se estendem ao casamento nulo. Assim, desarrazoada a alegação de que, em sede de casamento inexistente, não correm tais prazos, sob o fundamento de que aquilo que não está no mundo jurídico não pode ter começo para contar prazo da prescrição.[25] Ora, se os nubentes não buscarem a desconstituição do casamento tido por inexistente, é difícil sustentar que, quando da morte de um, o cônjuge sobrevivente não faria jus aos direitos sucessórios, se o casamento se manteve durante anos. Tratar-se-ia de uma *contradictio in adiectio*, ou seja, contradição em si mesma: se é ato, é porque existe, e, se não tem existência, não é ato, brigando entre si as palavras mesmas.[26] Não há como dizer que não existe, que não pode gerar qualquer efeito, algo que existe materialmente no plano fático. Independentemente da presença de algum vício em sua constituição, o casamento produziu enorme gama de relações jurídicas. E, se não foi casamento, houve uma **união estável**, que gera efeitos.

Hoje, não há como afirmar a inexistência do **casamento homoafetivo**. Do mesmo modo, não é possível permitir que alguém, a qualquer tempo, depois de anos de coabitação e vida em comum, alegue a inexistência do casamento, e o juiz, independentemente de demanda judicial, determine o cancelamento do registro do casamento, porque o **celebrante não estava revestido de competência** para a celebração. Também ter dito "não" ou não ter dito nada, na hora da celebração do casamento, não pode permitir a busca do reconhecimento da inexistência do casamento, **por ausência da manifestação de vontade**. Pelo jeito, bastaria apresentar o vídeo do casamento a comprovar tal fato e nada mais precisaria ser alegado ou provado. Não haveria a necessidade de declinar nenhum fundamento para o casamento ser desfeito, desde a data da celebração, independentemente do tempo em que o casamento se manteve na mais perfeita harmonia. A incongruência de tal possibilidade resta escancarada ao se atentar que nem mesmo a coação, ou o erro, autorizam a anulação do casamento, tendo se seguido, depois das bodas, período de convívio (CC 1.559).

A teoria da inexistência do casamento não tem qualquer utilidade. É resquício de uma época em que a única forma de constituir família era pelo

---

25. Idem, 107.

26. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 85.

casamento. A união estável não tinha ainda sua legitimidade reconhecida pelo Estado. E era impossível e impensável casamento entre pessoas do mesmo sexo. E assim, declarar sua inexistência, era a maneira de afastar qualquer possibilidade de casamento fora dos padrões morais veiculados pelo Direito Canônico.[27]

Conforme Silvio Rodrigues, uma teoria **inconveniente** e **inútil**, que pode ser vantajosamente substituída pela noção de nulidade. Se o casamento foi levado a **registro**, há um fato juridicamente relevante que existe em face do Direito e precisa ser desconstituído por demanda judicial.[28] O **cancelamento do registro** só pode decorrer de sentença judicial. Cancelar o registro por mero despacho, partindo do entendimento de que o casamento, por ser inexistente, não precisaria sequer ser desconstituído, é instalar na vida social elemento de insegurança absolutamente funesto.[29]

Ainda que se queira ter o casamento como inexistente, se houve o desejo dos cônjuges de constituir uma família, impositivo que se reconheça a presença dos pressupostos que configuram ou a **posse do estado de casado** ou, ao menos, uma **união estável**, que dispõe de efeitos jurídicos tal qual o casamento (CC 1.723 a 1.726).

21.4. CASAMENTO NULO E ANULÁVEL

Não há como confundir os planos da validade e da eficácia do casamento. A **validade** depende da conjugação de dois requisitos: a manifestação dos noivos de estabelecer em um vínculo conjugal, e a declaração do celebrante de que eles estão casados. O casamento é **válido** quando a manifestação de vontade e o ato de celebração são válidos. Por sua vez, a **eficácia** do casamento depende da implementação do requisito próprio do registro público, que é exclusivamente civil.[30]

A distinção entre casamento nulo e anulável diz respeito à **natureza do vício** que o macula: **vício sanável** gera nulidade relativa; **vício insanável** leva à nulidade absoluta. No entanto, em ambas as hipóteses, o casamento existe, foi celebrado e produziu efeitos jurídicos. Tanto o casamento nulo como o anulável, para serem desconstituídos, dependem da **chancela**

---

27. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito das Famílias, 50.
28. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 83.
29. Idem, ibidem.
30. Paulo Lôbo, Direito Civil: Famílias, 78.

judicial. Não sendo proposta uma ação, ambos – tanto o casamento nulo como o anulável – continuam existindo e produzindo efeitos jurídicos.

É a natureza da norma jurídica infringida que identifica o vício que macula o casamento, a ensejar sua nulidade ou anulabilidade.

Quando realizado com infração a impedimentos de **ordem pública**, "deve" ser desconstituído. Há **interesse social** na dissolução do casamento **nulo**.

O casamento **anulável** decorre de afronta a norma que protege **interesse individual**, "pode" ser desconstituído, a depender do interesse da parte, não se preocupando o Estado com a sua dissolução.

A diferença diz exclusivamente com o **grau de intensidade** do vício nulificante de que o casamento é portador. A **declaração de sua nulidade** ou a **decretação de sua anulabilidade** depende da maior ou menor gravidade do impedimento violado. Vícios mais intensos, que infringem vedação a princípios ordenadores da sociedade. O casamento há de ser anulado. Desobedecer norma legal editada em benefício da própria parte constitui **vício sanável**. Não buscada a anulação dentro dos prazos concedidos pela lei, o casamento torna-se hígido, as máculas simplesmente desaparecem.

Essa distinção tem um único resultado de ordem prática: a **imprescritibilidade** da ação para declarar a **nulidade absoluta** do casamento. A nulidade não se convalida e a ação pode ser proposta a qualquer tempo. Em se tratando de casamento **anulável**, ainda que a lei fale em prescrição, a pretensão anulatória está sujeita a prazo **decadencial**. A ação só pode ser proposta dentro de determinados e distintos prazos (CC 1.560). Declarado nulo ou desconstituído o casamento anulável, a sentença tem **efeito retroativo** à data da celebração (*ex tunc*). O casamento desaparece do âmbito jurídico. Em qualquer das duas espécies – nulo ou anulável –, declarado **putativo** o casamento, sua desconstituição só ocorre a partir do **trânsito em julgado** da sentença, ou seja, produz efeito somente para o futuro (*ex nunc*).

21.4.1. Nulo

Diz a lei (CC 1.521): *não podem casar*. Quem, ainda assim, desobedece à vedação legal, afronta preceito de **ordem pública**, e o casamento é nulo. Realizado com infração a impedimento que possa ameaçar diretamente a **estrutura da sociedade**, é a própria sociedade que reage violentamente, fulminando de nulidade o casamento.[31] Afinal, o que é nulo repugna ao

31. Paulo Lôbo, Direito Civil: Famílias, 78.

ordenamento jurídico e deve ser extirpado da vida jurídica. O vício que inquina o ato nulo é por demais grave.[32]

Embora eivado de vício, o **casamento nulo existe**. Mesmo sem ser putativo, acarreta efeitos.[33] Bem ao contrário do que ocorre com os atos ou negócios nulos (CC 166 e 167), que, por falta de elemento essencial, não podem ter eficácia jurídica.[34]

A decretação da nulidade do casamento tem **efeito retroativo** à data da celebração (CC 1.563), mas produz efeitos até ser desconstituído. Com relação ao **cônjuge** que estava de **boa-fé** e à **prole**, o casamento gera efeitos até o trânsito em julgado da sentença que o anula (CC 1.561). A validade do casamento está condicionada à inexistência de **impedimentos**. As vedações estão ligadas à interdição do **incesto** e à proibição da **bigamia**, por serem norteadores da vida em sociedade. A desobediência a uma proibição legal torna o casamento nulo (CC 1.548 II). Pode, ou melhor, deve ser desconstituído. A infringência a esses dogmas tem repercussões inclusive na esfera **criminal** (CP 235 a 237).

Não podem casar (CC 1.521):

I – os **ascendentes com os descendentes**: os parentes em linha reta (CC 1.591), independentemente de qual seja o grau de parentesco. Assim, ninguém pode casar com um dos pais nem com um filho, neto ou bisneto. A proibição do **incesto** é o primeiro interdito do homem, a primeira lei de qualquer organização social e jurídica. Marca a passagem do estado da natureza para a cultura, sendo um princípio fundamental e fundante de todas as culturas do mundo ocidental.[35] As razões são bastante óbvias, aliás, como o são as demais vedações ligadas aos vínculos de parentesco;

II – os parentes **afins em linha reta**: sogros com genros ou noras, mesmo depois de solvido o casamento, pois o parentesco por afinidade em linha reta não se desfaz (CC 1.595). Também a **união estável** faz surgir o vínculo de

32. Débora Gozzo, Decretação *ex officio* do casamento nulo, 44.

33. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, 220.

34. Ação de nulidade de casamento. Simulação. Fins de percepção de benefício previdenciário de ancião. Pensão por morte. Vício social. Comprovação. [...] Comprovado que o casamento da Ré/Apelante com o *de cujus* foi simulado, com o objetivo de obtenção por ela de pensão previdenciária, correta a sentença que declarou a nulidade do ato jurídico, não havendo que se falar em falta de provas de que o idoso não estava em pleno gozo de suas faculdades mentais. Inteligência do art. 167, § 1º, II do Código Civil. Recurso conhecido e desprovido. Unânime. (TJPA – AC 00029741520058140301, 1ª T. Dir. Priv., Rel. Maria do Ceo Maciel Coutinho, j. 25/02/2019).

35. Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 26.

afinidade que não se dissolve com o fim do relacionamento, ao menos em relação aos parentes em linha reta (CC 1.595 § 2.º). Portanto, o companheiro não pode casar nem com os ascendentes (pai ou mãe), nem com os descendentes (filhos) do outro companheiro, mesmo depois de dissolvida a união estável;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV – os **irmãos**, não importando se são **unilaterais** ou **bilaterais**, ou seja, filhos do mesmo pai e da mesma mãe. Também proíbe o casamento entre **colaterais até o terceiro grau**, por exemplo, entre tios e sobrinhos, chamado de casamento **avuncular**;

V – o adotado com o filho do adotante. Ainda que não seja admitida qualquer designação discriminatória (CR 227 § 6.º), a **adoção** impõe **dupla ordem de impedimentos** para o casamento. Há o impedimento decorrente do vínculo biológico (ECA 41) e o decorrente do vínculo da adoção.[36] Assim, o adotado está impedido de casar em face do parentesco consanguíneo (CC 1.521 I, II e IV) e do parentesco civil decorrente da adoção (CC 1.521 III e V).

Apesar da explícita referência legal alegando permanecer em vigor antiga legislação (DL 3.200/41), a doutrina e a jurisprudência consideram a possibilidade do casamento mediante apresentação de laudo médico, a demonstrar a inexistência de risco genético, e mediante autorização judicial. Observa Paulo Lôbo que a lei posterior revoga a anterior, quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (LINDB 2.º). Mas conclui: a norma fazia sentido em uma sociedade pouco urbanizada e de controle rígido das escolhas matrimoniais pelos pais, que definiam com quem os filhos – especialmente as filhas – deviam casar, incluindo os parentes próximos.[37]

Quanto aos **primos**, por serem parentes em quarto grau, não há impedimento para o casamento.

VI – as pessoas casadas. A origem judaico-cristã do Estado brasileiro consagra a **monogamia** das estruturas familiares, o que impede o casamento das pessoas casadas. A eventual anulação do primeiro casamento, no entanto, não convalida a nulidade da segunda união.

Além de ser nulo o casamento, quem descumpre tal vedação comete o **crime de bigamia** (CP 235). Caso venha o casamento anterior a ser anulado, considera-se inexistente o crime. Se a **dissolução** do primeiro casamento

36. Waldyr Grisard Filho, Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?, 39.

37. Paulo Lôbo, Direito Civil: Famílias, 87.

decorre de **divórcio**, também desaparece o crime de bigamia.[38] Outra não pode ser a conclusão, pois tanto a anulação como o divórcio dissolvem a sociedade conjugal. Como o Código Penal data de 1940 (antes, portanto, da Lei do Divórcio, que é do ano de 1977), não havia como o legislador prever essa hipótese de extinção de tipicidade do delito de bigamia.

Também é penalizado criminalmente o noivo que induz o outro em erro ocultando impedimento, como, por exemplo, a existência de vínculo de parentesco entre ambos (CP 236). Igualmente comete crime quem casa sabendo da existência de impedimento (CP 237). No entanto, mesmo comprovada a ocorrência da bigamia, tal não pode gerar o enriquecimento ilícito, tornando-se impositivo reconhecer a existência, no mínimo, de uma **união estável paralela**, para incidirem os efeitos patrimoniais cabíveis.

VII – o cônjuge sobrevivente não pode casar com quem foi condenado por **homicídio** ou tentativa de homicídio contra o consorte. Hipótese mais de natureza ética. Claro que o objetivo é desestimular crimes passionais: alguém que queira casar com o amor de sua vida não pode, simplesmente, matar o cônjuge do outro.

21.4.2. Anulável

Quando o casamento é celebrado ferindo apenas o **interesse** de quem o Estado tem o dever de proteger, por considerá-lo vulnerável, a reação do ordenamento jurídico é mais moderada. Como não há ameaça à ordem pública, dispõem as partes da **possibilidade** de intentar ação anulatória, pois ao legislador é indiferente a sobrevivência do casamento.[39] A lei não recomenda sua realização, tanto que autoriza sua dissolução.[40] Mas o silêncio das partes permite que um ato jurídico defeituoso convalesça, o que equivale a uma ratificação tácita, ou melhor, ratificação presumida.[41]

Declina a lei as causas que tornam o casamento anulável. Decorrem todas de consentimento defeituoso: manifestação de vontade imperfeita ou viciada por interferência externa.[42]

---

38. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 90.
39. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 79.
40. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 91.
41. Arnaldo Rizzardo, Direito de Família, 115.
42. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 91.

21.4.3. Menoridade

A **incapacidade civil** decorrente da **idade** compromete a higidez do casamento e enseja sua **nulidade**. Indica a lei duas causas que dizem com a idade (CC 1.550):

I – *de quem não completou a idade mínima para casar*;

II – *do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal*;

A **idade núbil** é dos 16 aos 18 anos. Ou seja, menores **relativamente incapazes** (CC 4.º I) podem casar. Sendo que, com o casamento, cessa a menoridade (CC 5º parágrafo único II).

Nas hipóteses em que é exigida a aprovação dos pais, se um ou ambos se opusessem, pode ser buscado o suprimento judicial do consentimento. Na multiparentalidade é indispensável a autorização de todos.

A discordância dos pais é contornada. Mas, com caráter nitidamente punitivo, são negados efeitos patrimoniais ao casamento. Ou seja, ainda que o casamento tenha ocorrido com a chancela pela Justiça, é imposto o regime da separação legal de bens (CC 1.641 III). Ora, se houve o suprimento do consentimento, é porque a negativa de autorização foi reconhecida como injustificável. Logo, não cabe penalizar os noivos pela resistência indevida de seus representantes.

É **anulável** o casamento (CC 1.517): celebrado o casamento sem a indispensável autorização formal de ambos os genitores ou do representante legal do nubente ou ainda sem o suprimento do consentimento. Assim, pelo prazo de seis meses, a contar da data do casamento, qualquer dos pais pode buscar sua desconstituição. Apesar de não mais assistirem o filho – pois, ao casar, ele atingiu a maioridade –, mesmo assim a lei lhes confere legitimidade para buscar a anulação do casamento. O **Ministério Público** dispõe de **legitimidade concorrente** para a ação (ECA 201 VIII).

Porém, se quem deveria dar autorização não o fez, mas **compareceu** e participou da solenidade, convalida-se a ausência do consentimento (CC 1.555 § 2.º).

Desconstituído o casamento, em face da menoridade de um dos noivos, retorna sua condição de relativamente incapaz. O casamento desapareceu e com ele seu efeito emancipatório.

Já com relação aos **menores de 16 anos** – chamados de impúberes – são **absolutamente incapazes** (CC 3º). **Não podem casar**, nem mesmo em caso de gravidez. Os pais não podem consentir nem o juiz autorizar. Esta

recente proibição decorre da alteração do dispositivo legal que admitia o casamento nesta hipótese.[43]

O modo desatento de como a proibição foi feita gera questionamentos de várias ordens.

Primeiro um esclarecimento. Não se pode confundir incapacidade para o casamento com impedimento matrimonial. A **incapacidade** é pessoal, impede que alguém se case com qualquer pessoa. Já o **impedimento** é relacional. Atinge somente determinada pessoa frente a outra, por alguma situação específica.

Desse modo, resta evidenciado que o dispositivo restou absolutamente fora do lugar. Em absoluta contradição com o inc. I do art. 1.550, que diz ser **anulável** o casamento de quem não completou a idade mínima para casar. No capítulo que cuida da **capacidade para o casamento**, foi inserida uma **incapacidade absoluta** (CC 1.520): *Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código*. A remissão ao art. 1.517 é mais do que inútil. E a expressão "**em qualquer caso**" parece significar que, se for celebrado, o casamento é absolutamente nulo. Flávio Tartuce sustenta que o casamento com alguém com menos de 14 anos já era proibido, porque relações conjugais com menores desta idade, independentemente do consentimento da vítima, são consideradas **estupro de vulnerável** (CP 217-A § 5.º).[44]

A proibição também não foi inserida no rol legal das **nulidades** (CC 1.521). Como não está lá, não se poderia dizer que o casamento é **nulo**, pois assim é reconhecido o casamento por infringência a **impedimento** (CC 1.548 II). Do mesmo modo, também não se pode dizer que o casamento seria **anulável**, por não se encaixar em nenhuma das previsões de anulabilidade (CC 1.550).

Mas há mais. No afã de impedir casamentos de jovens com menos de 16 anos, não foram excluídos os arts. 1.551, 1.552 e 1.553 da lei civil, que tratam do mesmo tema. Para Flávio Tartuce, o inc. I do art. 1.550 não foi revogado e a anulabilidade ou nulidade relativa do casamento infantil continua em vigor. A mesma afirmativa vale quanto aos demais dispositivos, caso a proibição tenha passado despercebida pelo Cartório do Registro Civil ou se do casamento resultou gravidez.[45]

43. Lei 13.811/2019.

44. Flávio Tartuce, Código Civil Comentado, 1.145.

45. Idem, ibidem.

Confessa Rolf Madaleno ter invencível dificuldade de sustentar ser anulável o casamento e, fechadas as portas para o casamento civil, por arrasto e lógica analogia também ser vedada a união estável.[46] De qualquer modo, se os menores impúberes não podem casar, caso passem a viver juntos, é indispensável reconhecer que constituem uma **união estável**. A vedação de reconhecimento da união estável (CC 1.723) faz expressa remissão somente aos impedimentos do art. 1.521. E norma restritiva não pode ter interpretação extensiva.

Como há a recomendação constitucional de ser facilitada a **conversão de união estável em casamento** (CR 226 § 3.º), esta é a saída a quem quiser formalizar o seu amor eterno amor. Já que não podem casar, o jeito é viver em união estável. Depois, atingida a maioridade, pedem a conversão em casamento, que terá **efeito retroativo** à data do início da vida em comum. Simples assim!

Esta, com certeza, não foi a intenção do legislador, mas não cabe outra interpretação, até porque é difícil reconhecer que exista interesse público em não enlaçar na proteção jurídica o envolvimento afetivo de um adolescente.

Afinal, não se pode olvidar que ninguém recebe maior proteção do Estado, com prioridade absoluta, do que crianças e adolescentes, a quem é assegurado o direito à convivência familiar (CR 227).

21.4.3.1. Vício de vontade

É anulável o casamento realizado com vício de vontade. Porém, as possibilidades de buscar a anulação do casamento são restritas às hipóteses de **coação** ou **erro** quanto à pessoa do cônjuge. Em sede matrimonial, os chamados erros essenciais se distanciam da teoria dos defeitos e das invalidades dos atos e negócios jurídicos: dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores (CC 145 a 165). Tais máculas, mesmo presentes no casamento, não dão margem à sua anulação. O prazo para propor a ação anulatória é de **três anos** a contar da data da celebração do casamento (CC 1.560 III).

O **erro essencial** quanto à pessoa do noivo configura vício de vontade a autorizar a anulação do casamento (CC 1.550 III). Prevê a lei como nulificante o erro quanto a identidade, qualidades físicas, morais e de caráter do cônjuge. São elencadas as causas que podem dar ensejo à anulação do casamento, como se a insuportabilidade da vida em comum pudesse ser

46. Rolf Madaleno, Casamento de menor de 16 anos, 24.

tarifada pelo legislador. De qualquer forma, a existência de um rol de erros evidencia o nítido propósito de manter o casamento.

As hipóteses todas dizem com atos e fatos anteriores ao casamento, ignorados pelo outro, e que, ao serem conhecidos, tornam **insuportável a vida em comum**. O elenco justifica-se por si, a dispensar maiores explicitações (CC 1.557):

I – que diga respeito à **honra** ou boa fama;

II – prática de **crime** anterior ao casamento;

III – a ignorância, anterior ao casamento, de **defeito físico irremediável** que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência.

Para que o **erro essencial** seja reconhecido, é necessária a presença concomitante de três requisitos:

- que a circunstância ignorada por um dos cônjuges **preexista ao casamento** – se o crime é praticado depois do enlace, ou a doença advém depois das núpcias, inocorre vício do consentimento;
- que a descoberta da verdade seja **subsequente** ao casamento; e que tal fato
- torne **intolerável** a vida em comum.

Nem a **impotência** *coeundi* (incapacidade de manter relações sexuais) nem a impotência *generandi* (incapacidade procriativa) dão ensejo à anulação do casamento. Ora, para quem não consegue conviver com esses "defeitos", a melhor solução é o divórcio, que não precisa de qualquer justificativa.

O não advento de filhos não compromete a higidez do casamento. Exigir a fertilidade permitiria que a ausência de prole ou o advento da menopausa servisse de fundamento para a anulação do casamento. Estar-se-ia, inclusive, a desconhecer a possibilidade de ocorrência do casamento *in extremis* (CC 1.539), quando o nubente está em risco de vida.

Nem a ausência de **relacionamento sexual** pode dar ensejo à sua anulação. Não existe o chamado "**débito conjugal**", a impor a prática sexual no casamento.[47] Aliás, caberia questionar: a omissão configura mora

47. Anulação de casamento. Pedido conjunto. Sentença de improcedência. Recurso desprovido. Anulação de casamento. Insurgência contra sentença de improcedência.

ou inadimplemento? Não se pode sequer falar em afronta ao princípio da confiança, por frustrar a "justa" expectativa de quem casa. Pelo jeito, seria verdadeira afronta ao princípio da boa-fé objetiva e à proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). Aliás, reconhecer eventual direito ao sexo pode chancelar a violência sexual entre cônjuges.

Em matéria de casamento, quando se fala em **coação**, não é utilizado o conceito que enseja a anulabilidade dos negócios jurídicos e que tem maior campo de abrangência (CC 151): *a coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens*. Para ocorrer a anulação das núpcias, o consentimento de um ou de ambos os cônjuges deve ter sido captado mediante **fundado temor** de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares (CC 1.558). Não é reconhecida a coação a outras pessoas ou bens. Assim, a ameaça de suicídio do noivo, por exemplo, não configura coação a legitimar o pedido de anulação de casamento.[48]

Em nenhuma das demais circunstâncias a doutrina admite que se aplique ao casamento as regras atinentes à nulidade em geral, pois é necessário distinguir a lógica especial de cada instituto.[49] Assim também a ameaça de **exercício normal de um direito** e o **temor reverencial** (CC 153), que não configuram coação para o efeito de anular negócio jurídico, são posturas que caberiam ser contrabandeadas para o direito matrimonial. A alegação, no entanto, é que, quisesse o legislador importar para o Direito das Famílias tal vício da vontade, teria feito. Segundo essa orientação, não se pode invocar tal excludente na hipótese de ser detectada a pressão a que não conseguiu resistir e consente em casar. Por exemplo, por medo do pai. Mas é imperioso reconhecer como possível a anulação do casamento nessa hipótese. Afinal compromete a vida, impõe deveres, gera direitos, e a convivência se reflete na própria intimidade, e não há como, por **medo**, assumir compromisso com esse grau de envolvimento. Aliás, no âmbito das

---

Virago que se nega a manter relações sexuais com o marido desde ■ celebração do casamento. Hipótese não prevista no rol taxativo do art. 1.550 do CC. Inocorrência de erro quanto à pessoa do outro ou vício de vontade. Também não se deve falar em violação do dever conjugal. O *debitum conjugale* é expressão própria do direito canônico e não deve servir como regulação para o casamento civil. Ausência de relação sexual não afeta a higidez do casamento. Recurso desprovido. (TJSP – AC 1002780-74.2016.8.26.0408, 10ª. C. Dir. Priv., Rel. J.B. Paula Lima, j. 31/07/2018).

48. Cristian Fetter Mold, Casamento em virtude de coação:..., 29.

49. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 88.

relações familiares, é mais fácil identificar **coação** por **temor reverencial**. Dessa forma, se houve pressão exercida pelo pai para que a filha case com quem ele considera que lhe garantirá um futuro tranquilo, mas o desejo dela era casar com outrem, por amor, não há como deixar de admitir a anulação do ato. Não se pode dizer que se trata de defeito de menor monta, como considera a doutrina. Seria, às claras, chancelar o autoritarismo paterno. Ainda bem que fica tudo ao arbítrio do juiz, que deve ter a sensibilidade de não manter casamento cuja convivência já se revela insuportável pelo fato de as partes estarem em juízo discutindo sua anulação.

Encontrou a lei um jeito de contornar a anulação do casamento, ainda que tenha um ou ambos os noivos sido coagidos a casar: a **coabitação**, pois a vida em comum valida o casamento (CC 1.559). Trata-se de causa de exclusão do vício de vontade. Ainda que o casamento tenha ocorrido por temor, tendo sido estabelecida a convivência, não mais cabe buscar sua anulação. A lógica da regra é absurda: tendo havido coação para o casamento – coação de tal ordem que forçou até a mantença de prática sexual –, o casamento não pode mais ser anulado. De qualquer modo, é desarrazoado que a alegação de ameaça dê ensejo à anulação de casamento até quatro anos depois da sua celebração. O prazo da ação de anulação sob o fundamento da coação é **decadencial** (CC 1.560 IV). O melhor mesmo é buscar o divórcio, forma de acabar com o casamento sem qualquer exigência probatória.

Considera a lei anulável o casamento contraído por **incapaz de consentir ou manifestar inequivocamente sua vontade** (CC 1.550 IV). A doutrina traz exemplos de quem poderia ter limitações para consentir em face da sua **capacidade relativa**: os que não adquiriram condições de se comunicar; os ébrios habituais; os **viciados em tóxicos** (CC 4.º II). Com relação aos **pródigos**, sua capacidade é relativa (CC 4.º IV) e as restrições são de ordem patrimonial (CC 1.782), o que não gera incapacidade para casar.[50]

O **Estatuto da Pessoa com Deficiência** autoriza o casamento de pessoas com deficiência mental ou intelectual. A manifestação de vontade pode ser expressa diretamente ou por meio de responsável ou curador (CC 1.550 § 2.º). A pessoa com deficiência não necessita da **autorização do curador** para casar. A ausência de capacidade não faz nulo o casamento. É somente **anulável** se o noivo for incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco, o consentimento. A ignorância de deficiência não configura **erro essencial** por **vício de vontade** (CC 1.550 IV, 1.556 e 1.557 III).

50. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 89.

21.4.3.2. Revogação de procuração

Autoriza a lei casamento por procuração, mediante **instrumento público** com **poderes especiais** (CC 1.542). Como todo mandato é susceptível de ser revogado, também quem outorgou procuração para o casamento pode se arrepender. Porém, se o ato de **revogação** não chegar antes da celebração do casamento – que acaba se realizando sem que se tenha conhecimento da desistência –, tal pode ensejar a anulação do casamento. No entanto, se, mesmo revogada a procuração, seguir-se a **convivência** do casal, ou seja, se passaram ambos a ostentar a **posse do estado de casados**, descabe a anulação do casamento.

Mesmo que a procuração tenha sido anulada judicialmente, diz a doutrina que o casamento que se seguir resta convalidado. Eis a justificativa: se assim não fosse, o mandante poderia agir maliciosamente, revogando a procuração para não haver o casamento, mas desfrutando da inocência do outro, que se entrega para a plenitude da convivência conjugal.[51] A explicação raia o absurdo. De qualquer modo, cabe reconhecer que a solenidade de casamento marca, no mínimo, o início de uma **união estável**. Também é necessário admitir a **boa-fé** do outro cônjuge, a configurar **casamento putativo**, ao menos com relação a ele.

Dispõe o mandante de 180 dias para propor a anulação do casamento, fluindo o prazo da data em que tomou conhecimento de que, mesmo tendo revogado a procuração, ocorreu a celebração do casamento (CC 1.560 § 2.º). O arrependimento, porém, gera obrigação indenizatória por **perdas e danos** (CC 1.542 § 1.º).

21.4.3.3. Incompetência do celebrante

Ainda que a doutrina traga como exemplo de casamento **inexistente** a falta de competência do celebrante, tal torna o casamento **anulável**, gerando somente a possibilidade de ser buscada sua desconstituição (CC 1.550 VI). Para isso, dispõem os cônjuges do prazo de **dois anos** (CC 1.560 II).

Tanto as regras de competência como os impedimentos processuais (CPC 144) não se aplicam ao **juiz de paz** e não comprometem a higidez do casamento que tenha sido celebrado, por exemplo, pelo parente de um dos noivos.

No entanto, se o casamento foi celebrado por quem **publicamente** exercia as funções de juiz de paz e o casamento tiver sido **registrado**, a

51. Idem, 90.

nulidade convalida. Quem se atribui falsamente autoridade para celebrar o casamento, induzindo os noivos em erro, responde criminalmente (CP 238).

Pela aparente competência do celebrante, adquirem os cônjuges a **posse de estado de casados**, pois têm a convicção da legitimidade de quem celebrou o ato. Inegável o acerto dessa orientação, pois não se trata de vício resultante da postura dos noivos, pessoas desimpedidas que, de boa-fé, manifestaram o desejo de casar.[52] De qualquer forma, ainda que invalidado o casamento, seguindo-se a **vida em comum**, não se pode deixar de reconhecer que a celebração sinalizou o início de uma **união estável**.

21.5. EFEITOS QUANTO AOS FILHOS

Anulado o casamento dos pais, os **filhos** são **sempre preservados**. Com relação a eles, o casamento produz **todos os efeitos**. Independentemente de ser reconhecido o casamento como putativo (CC 1.561) ou não (CC 1.617), a filiação é "legítima". Aliás, é difícil visualizar de que modo a anulação do casamento dos genitores poderia afetar os filhos. Como o divórcio – que também dissolve o casamento – não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (CC 1.579), sua anulação não pode prejudicar a prole. No caso de invalidade do casamento, não havendo acordo entre os genitores, é determinada a aplicação das regras que tratam da **guarda** (CC 1.587). Desse modo, nas ações de anulação de casamento, indispensável que fique definida a guarda e o regime de convivência dos filhos, bem como sejam quantificados os alimentos. Havendo discordância, cabe ao juiz decidir, devendo sempre dar preferência à **guarda compartilhada** (CC 1.584 § 2.º).

21.6. CASAMENTO PUTATIVO

Prestigia o legislador a **boa-fé** dos noivos e preserva os efeitos das núpcias. É isso que se chama casamento putativo (CC 1.561): se acredita ser verdadeiro, legal, certo, e não o é. Assim, mesmo que o casamento venha a ser anulado, mantém sua **eficácia** até ser desconstituído. A boa-fé, até prova em contrário, sempre se presume, e significa ausência de culpa da causa anulatória. Os efeitos do casamento só não beneficiam o cônjuge de má-fé.

Com a extinção do instituto da **separação judicial** (EC 66/2010), foi abandonada a perquirição das causas da separação e, em consequência, a identificação de um culpado para a dissolução do casamento. A doutrina

52. Idem, 93.

insiste em reconhecer que persiste a punição dos culpados quando é buscada a anulação de casamento,[53] e que a **culpa** permanece em seu âmbito próprio: o das hipóteses de anulabilidade do casamento, tais como os vícios de vontade aplicáveis ao casamento, a saber, a coação e o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge.[54] No entanto, nada justifica manter a culpa ainda que seja para identificar o casamento como putativo. Basta a averiguação sobre a postura subjetiva de cada um.

Reconhecendo o juiz a **boa-fé** dos cônjuges ou de um deles, declara, com relação a um ou a ambos, que o casamento é putativo. Essa declaração é necessária, pois altera o **marco temporal** dos efeitos da anulação. Anulado o casamento quanto ao que estava de **má-fé,** os efeitos retroagem à data da celebração – efeito *ex tunc* (CC 1.563). No entanto, reconhecida a **boa-fé**, os efeitos da desconstituição do casamento só vigoram a partir da sentença – efeito *ex nunc.*

Mantida a eficácia do casamento da data da celebração até quando de sua desconstituição, indispensável identificar o exato momento em que se desencadeiam os **efeitos da anulação**. Quando diz a lei "dia da sentença", sempre surge questionamento se a referência é à sentença de primeiro grau ou à decisão de segunda instância. Como o recurso dispõe de efeito suspensivo (CPC 1.012), a sentença só é eficaz depois de definitiva, só então há coisa julgada. Logo, quando a lei fala em data da sentença, leia-se data do **trânsito em julgado** da decisão final.

O casamento putativo é uma das hipóteses em que, por expressa previsão legal, um ato jurídico produz efeitos por tempo **diferenciado.** Havendo boa-fé somente de um dos nubentes, com relação a ele o casamento teve duração e eficácia por um período: da data da celebração até o trânsito em julgado da sentença anulatória. Com relação ao cônjuge de má-fé, a sentença dispõe de efeito retroativo à data do casamento. Nesse caso, ocorre um fenômeno no mínimo inusitado: durante um período de tempo, o cônjuge de boa-fé permaneceu casado e o outro, o que agiu de má-fé, não.

Identificada a **má-fé** de um dos noivos pela celebração viciosa do casamento, há a imposição de ônus de ordem patrimonial (CC 1.564): perde o culpado as "vantagens" havidas do cônjuge inocente. É necessário algum esforço para imaginar os benefícios susceptíveis de serem perdidos. A doutrina traz alguns exemplos: a depender do regime de bens do casamen-

53. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, O novo divórcio, 31.
54. Paulo Lôbo, PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas, 7.

to, não perde o cônjuge de boa-fé sua **meação.**[55] Tal hipótese só se aplica ao regime da comunhão de bens, único em que há comunicação de bens particulares. O outro exemplo, trazido por Yussef Cahali, não prospera, de que o cônjuge "inocente" pode ser **herdeiro** do outro.[56] Se o casamento foi desconstituído, o cônjuge não integra a ordem de vocação hereditária. A não ser que a morte tenha ocorrido antes do trânsito em julgado da ação anulatória. Até porque a ação perde o efeito (CPC 485 IV).

Persiste o dever de **alimentos** ao cônjuge de boa-fé, que deles necessitar. Quanto ao uso do **nome**, o cônjuge que casou de boa-fé pode continuar usando o nome que adotou. Anulado o casamento, nem depende da concordância do outro. Não se cogita sequer da possibilidade de oposição do "dono" do nome, até porque está derrogado o art. 1.578 do CC.

Dissolvido o casamento, perde eficácia o **pacto antenupcial** que eventualmente tenha sido celebrado. As questões patrimoniais volvem ao *status quo ante*. A sentença faz desaparecer retroativamente o regime de bens.[57] No entanto, o cônjuge que agiu de má-fé deve cumprir as obrigações assumidas na avença pré-nupcial.

A **doação** feita por terceiros aos noivos resta **sem efeito** (CC 546). Apesar de o dispositivo subtrair a eficácia da doação na hipótese de o casamento **não se realizar**, vindo ele a ser anulado, a consequência é a mesma. A anulação corresponde à não realização das núpcias. Já a doação feita por um dos noivos ao outro é válida, se este estava **de boa-fé**, e o casamento, com relação a ele, é declarado putativo. Independentemente do *animus* do doador, se de boa ou má-fé, a doação que fez ao noivo de boa-fé é válida. Somente se o donatário estiver de má-fé a liberalidade não tem eficácia.

Desde a consagração constitucional da **união estável** como entidade familiar, a teoria das nulidades do casamento perdeu interesse prático. Ainda que seja desconstituída a união, com efeito retroativo (lapso temporal que pode avantajar-se por longos anos), persistindo nesse ínterim a **convivência marital**, não há como deixar de reconhecer, durante esse período, a presença de uma união estável, se atendidos os requisitos legais (CC 1.723).[58]

---

55. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 146.
56. Yussef Said Cahali traz um amplo levantamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema (Dos alimentos, 258).
57. José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de Direito de Família, 233.
58. Casamento. Nulidade. Nubente incapaz, interditada ao tempo da celebração do matrimônio. Ação proposta pelo Ministério Público que, no curso do processo, se

21.7. AÇÃO DE NULIDADE E DE ANULAÇÃO

O CPC concede às demandas de divórcio, reconhecimento e extinção da união estável um capítulo às ações litigiosas (CPC 693 a 699) e um às ações consensuais (CPC 731 a 734). De forma injustificável deixa de inserir as ações de desconstituição do casamento.

As nulidades absolutas dos negócios jurídicos podem ser alegadas em qualquer demanda, a qualquer tempo, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando participa do processo (CC 168). Também podem ser reconhecidas pelo juiz *ex officio* (CC 168 parágrafo único). Em sede de invalidade de casamento, não dá para invocar regras fora do Direito das Famílias. Assim, a desconstituição do casamento somente pode ser proclamada via ação judicial, descabendo ser decretada *ex officio* pelo juiz.[59]

Ainda que a natureza das demandas de nulidade e de anulação do casamento sejam diferentes, ambas chegam a um mesmo resultado: **solvem o casamento.**

A sentença da ação de nulidade de **casamento nulo** dispõe de carga eficacial **declaratória.** A nulidade preexiste, sendo reconhecida e proclamada em juízo. O casamento não chegou sequer a se constituir juridicamente por infringência a uma proibição legal. Diz a lei quem não pode casar, e não adianta desobedecer, o casamento é nulo. A nulidade é a resposta que o legislador dá a quem descumpre vedação que tutela interesse de ordem pública.

O **casamento anulável** é desconstituído através de ação de anulação de casamento, cuja sentença tem eficácia **constitutiva,** ou melhor, constitutiva negativa. É a sentença que solve o casamento.

---

manifesta pela manutenção do casamento em face do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Sentença declaratória de nulidade do casamento. Modificação. Perda do interesse de agir. Estudo social e psicológico ratificando a eficácia da manifestação de vontade para casar, demonstrando sadio relacionamento entre os cônjuges. Efeitos de eventual casamento putativo e possibilidade de conversão da união estável em casamento que tornam inócua declaração de nulidade do casamento em relação ao termo inicial de seus efeitos. Situação fática que permitiria aos nubentes, sob a nova legislação, contrair casamento novamente logo após o término do processo. Situação de fato consumada que pode ser levada em consideração. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade que desaconselham declaração de nulidade do casamento. Extinção de ofício do processo em razão da perda do interesse de agir, prejudicados os recursos do Ministério Público e da requerida. (TJSP – AC 13277244, 1ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Enéas Costa Garcia, j. 04/02/2020).

59. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 88.

Essa diferença, quanto à **natureza** das ações. No entanto, não se reflete nos **efeitos da sentença**. Nulo ou anulável o casamento, dissolve-se como se não tivesse existido, dispondo a sentença de efeito *ex tunc*.

A busca de declaração da **nulidade** do casamento pode ocorrer a **qualquer tempo**. A ação é **imprescritível** e não está sujeita a **prazo decadencial ou prescricional**.[60] O casamento **anulável** só pode ser desconstituído se a demanda for proposta dentro de determinados prazos, que variam de conformidade com o vício nulificante (CC 1.560). A lei fala em **prescrição**, mas o prazo é de **decadência**.

Tanto a ação de nulidade como a de anulação só podem ser promovidas por quem expressamente a lei legitima (CC 1.552 e 1.549). A **competência** é do domicílio do guardião de filho incapaz; do último domicílio do casal; do domicílio do réu ou da vítima de violência doméstica (CPC 53 I).

Apesar da falta de expressa referência, como é ação que diz com o casamento, deve tramitar em **segredo de justiça** (CPC 189 II).

A sentença que anula o casamento deve ser averbada no registro civil (CC 10 I e LRP 29 § 1.º *a*) e no registro de imóveis, se houver bens (LRP 167 II 14).

21.7.1. Legitimidade

Os **cônjuges** são os primeiros legitimados ativos para promoverem a ação declaratória de casamento nulo e a de anulação de casamento anulável. Outras pessoas, no entanto, têm *legitimatio ad causam* para propor a ação. O rol de **legitimados** depende da natureza da demanda.

O **Ministério Público**, por expressa permissão legal (CC 1.549), dispõe de legitimidade para a ação declaratória de **nulidade absoluta do casamento**, pois há interesse de ordem pública na sua desconstituição. Na condição de *pro populo*, interpreta o interesse geral, pois o Estado não tolera a inércia das partes e age para fiscalizar e estimular a incidência do ordenamento jurídico material.[61] Quando se trata de **nulidade relativa**, ainda que não decline a lei expressamente, enquanto o cônjuge for menor de idade, o Ministério Público tem legitimação para propor a ação, como *custos legis* (CPC 178 II). Promovida a demanda pelo agente ministerial,

---

60. José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de Direito de Família, 234.

61. Sérgio Gilberto Porto, Sobre o Ministério Público..., 28.

não é necessário convocar outro promotor de justiça para participar da ação – desempenha ele dupla função.

Além dos cônjuges e do Ministério Público, **qualquer interessado** dispõe de legitimidade para propor a **ação declaratória de nulidade** do casamento (CC 1.549). Não define a lei que espécie de interesse pode motivar terceiros para figurarem no polo ativo da demanda. A doutrina fala de interesse econômico ou moral. Mas interesses dessa ordem não outorgam legitimidade para alguém participar de relação processual, nem na condição de **assistente simples** (CPC 119). Para vir a juízo, é necessário **interesse jurídico**. Assim, cabe perquirir, afinal, quem pode propor a ação para que seja declarada a nulidade de um casamento que não é o seu. O primeiro exemplo que vem à mente é a hipótese de **bigamia**. Um cônjuge pode promover ação de anulação de casamento do outro que casou novamente (CC 1.521 VI). Não se pode afastar sua condição de interessado. Fora dessa, em todas as demais hipóteses em que a lei veda o casamento é difícil identificar quem teria interesse para propor a ação sem desaguar no interesse econômico.

A **legitimidade** para a **ação anulatória de casamento anulável** varia de conformidade com a natureza do vício. A anulação do casamento de **maiores de 16 e menores de 18**, que casaram sem o necessário consentimento, pode ser requerida por quem deveria ter dado a autorização: os pais ou o representante legal. O prazo é de **180 dias**.

Também o cônjuge pode propor a ação, cujo prazo começa a fluir da data em que deixar de ser incapaz. Como a **incapacidade** cessa com o casamento (CC 5.º parágrafo único II), o prazo contaria a partir da data de sua celebração. Certamente não foi isso que quis dizer o legislador, mas foi o que disse. Claro que a intenção da lei é proteger quem casa ainda muito jovem e não conta com a expressa concordância dos genitores. No entanto, seria necessário que a lei estabelecesse uma ressalva ao fim da incapacidade: que a maioridade só ocorre se o casamento for hígido. Na inexistência de tal ressalva, mesmo que o casamento seja anulável, ou ao menos até que ocorra sua desconstituição, não se pode falar em menoridade.

Cessada a incapacidade, não mais dispõem os genitores da qualidade de seus representantes. Porém, pelo prazo de 180 dias, eles podem buscar a anulação de casamento como ascendentes do cônjuge menor (CC 1.552). Também o cônjuge pode intentar a ação de anulação do seu casamento (CC 1.552), no prazo de 180 dias, a contar da data em que completar 16 anos (CC 1.560 § 1.º).

Ultrapassados esses prazos, convalida-se o enlace matrimonial. Assim, não se atina porque é concedida a possibilidade de o menor **confirmar** o seu casamento ao completar a idade de 16 anos (CC 1.553). Trata-se de regra insegura e plena de dubiedade.[62] Essa **confirmação** depende de ação judicial, quando basta o jovem consorte se quedar inerte pelo prazo de seis meses para o seu silêncio ter o mesmo efeito: o casamento torna-se plenamente válido.

O **Ministério Público** pode propor ação de anulação de casamento (ECA 201 VIII) na hipótese de menoridade de um dos noivos (CC 1.550 I e II) e persiste até quando ele atingir 16 anos. Depois disso, falece interesse de ordem pública para a anulação. Nas ações em que outras são as causas de nulidade (CC 1.550 III a VI), o agente ministerial não tem legitimidade para a demanda, pois o vício diz mais com o interesse do próprio casal.

Nas ações anulatórias promovidas pelo Ministério Público ou por terceiros, ainda que um ou os dois cônjuges não se oponham à dissolução do casamento, devem ambos figurar no **polo passivo** da demanda, formando-se um **litisconsórcio passivo unitário necessário**. Ambos se sujeitam aos efeitos da sentença, pois voltarão a ser solteiros.

21.7.2. Ônus da prova

É do autor o ônus da prova dos fatos que alega. Essa é a regra (CPC 373 I). Dispõe a **confissão** do réu de pouca valia quando se trata de ação de estado. Também a **revelia** não leva aos efeitos confessionais, não permitindo que se reputem verdadeiros os fatos alegados pelo autor (CPC 345 II).[63] Do mesmo modo o **reconhecimento do pedido** pelo réu não enseja a procedência da ação nem a dispensa da fase probatória.

Em demanda que tenha por objeto a ocorrência de vício de vontade, ao **demandante** compete comprovar os fatos narrados na inicial: que o erro sobre a pessoa era preexistente às núpcias e que desconhecia tal

---

62. Paulo Lins e Silva, Da nulidade e da anulação do casamento, 51.

63. Anulação de casamento. Autora que alega ter descoberto que o réu faz uso de medicamentos controlados e possui comportamento agressivo. Revelia. Presunção de veracidade dos fatos narrados pela autora que é relativa. Julgamento do pedido de acordo com as provas trazidas aos autos. Comprovação de que a autora tinha conhecimento dos fatos alegados antes da realização do casamento. Ausência de vício de vontade ou erro essencial sobre a pessoa. Caso que enseja pedido de divórcio e não anulação. [...] (TJSP – AC 1021877-02.2019.8.26.0361, 5ª C. Cív., Rel. Fernanda Gomes Camacho, j. 01/06/2020).

circunstância. Porém, não há como impor ao autor o ônus de provar que ignorava a circunstância nulificante, até porque é praticamente impossível a prova de fato negativo.[64] Daí a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova (CPC 373 § 1.º).

A **defesa** mais eficaz a ser oposta pelo réu é a de que o autor tinha conhecimento, antes do casamento, do fato apontado como verdadeiro "vício redibitório", ou seja, vício oculto. Afirmando a contestação que o autor tinha ciência da causa nulificante, o ônus probatório é de quem alega, ou seja, do réu (CPC 373 II).

Pode o réu ingressar com **reconvenção** (CPC 343), buscando, por exemplo, o **divórcio**.

21.7.3. Interesse de agir

Mesmo já estando dissolvido o casamento pela **morte** ou pelo **divórcio**, isso não exclui o interesse para a propositura da ação visando a sua anulação.[65] Morto um dos cônjuges, a ação anulatória pode ser proposta pelo sobrevivente, os herdeiros do *de cujus* ou qualquer dos legitimados.

Tal possibilidade, depois de dissolvido o casamento pela morte, justifica-se em face da diferença dos **efeitos da sentença**. Isto porque a morte e o divórcio dispõem de efeitos futuros (*ex nunc*), mantendo-se eficaz no período de sua vigência. Já a anulação opera efeitos *ex tunc*, isto é, retroage à data da celebração. O casamento desaparece. Não é difícil imaginar o interesse em que seja desconstituído o casamento, basta lembrar os direitos sucessórios e os efeitos decorrentes do regime de bens.

Em caso de morte do **cônjuge incapaz**, enquanto incapaz, seus herdeiros necessários (CC 1.845) podem pedir a anulação do casamento, dentro de 180 dias, a partir da data do óbito.

21.7.4. Efeitos da sentença

Não importa se a dissolução decorreu de ação declaratória de nulidade, por ser nulo o casamento, ou resultou de ação anulatória, que desconstituiu o casamento anulável. Os efeitos da sentença são iguais. Ambos possuem **efeito retroativo**, ou seja, *ex tunc* (CC 1.563). O vínculo matrimonial resta

64. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 96.

65. José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de Direito de Família, 235.

dissolvido, como se nunca tivesse existido. Com o trânsito em julgado da sentença o casamento resta dissolvido desde a data de sua **celebração.**

Reconhecido o casamento como **putativo**, ao apontar os efeitos da sentença, não distingue a lei a natureza do vício nulificante. Com relação ao cônjuge de **boa-fé**, que não contribuiu para a nulidade ou a anulação do casamento, a desconstituição só tem efeito para o futuro, *ex nunc*, a contar da data do trânsito em julgado da sentença (CC 1.561). Para quem agiu de **má-fé**, a nulidade acontece desde o casamento (CC 1.563).

Um dos efeitos do casamento é provocar a **emancipação** de quem casou antes de atingir a maioridade (CC 5.º parágrafo único II). Diverge a doutrina sobre o que ocorre se o casamento for desconstituído. O que havia se emancipado volta a ser incapaz? Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald distinguem: se o casamento era anulável, o cônjuge não retorna ao estado anterior. No entanto, se era nulo, não há emancipação. Também traz a hipótese do casamento putativo. O cônjuge de boa-fé não retornaria à incapacidade. A diferença de efeitos estaria ligada ao fato de o casamento ter ou não produzido efeito.[66]

Não há conexão ou continência entre a ação anulatória e a de divórcio, mas **anulado o casamento**, a ação de divórcio merece ser extinta, pois **perdeu o objeto**. Falta pressuposto para seu desenvolvimento eficaz (CPC 485 IV). No entanto, o decreto do **divórcio** não subtrai o objeto da ação desconstitutiva, pois são demandas que têm efeitos diversos. O divórcio tem efeito *ex nunc* e a anulação, efeito *ex tunc*.[67] Em qualquer das hipóteses, são preservados os interesses de terceiros de boa-fé que realizaram algum negócio com o casal.

Intentada a ação anulatória não visualizando o magistrado estar comprovada causa nulificante, pode decretar o divórcio. Para tal não há sequer a necessidade da concordância de ambos os cônjuges. Encontrando-se um deles em juízo buscando a desconstituição do casamento, que quer o seu fim. Às claras que a improcedência da ação não vai levar ao reatamento da vida em comum, sendo de todo descabido remeter as partes a nova demanda.

66. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil e LINDB: teoria geral, 331.

67. Pedidos de divórcio e de anulação de casamento em ações apensadas. 1. O pedido de anulação de casamento não está sem objeto diante do julgamento da ação de divórcio, considerando que seus efeitos são mais intensos e abrangentes. 2. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (STJ – REsp 650133 PA 2004/0045144-8, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25/09/2006).

21.8. ALIMENTOS

Enquanto não anulado o casamento, persistem todos os deveres e direitos dele decorrentes. Assim também o dever de **mútua assistência**, que se transforma em obrigação alimentar, quando cessada a vida em comum. Basta haver necessidade de um e possibilidade do outro. Enquanto vigorar o casamento – anulável ou nulo – e mesmo durante o processo de desconstituição do vínculo, independentemente da indagação em torno da boa ou má-fé de qualquer dos cônjuges, persiste o dever de assistência recíproca.[68]

É possível cumular a ação de nulidade ou de anulação com a ação de **alimentos** (LA 13). Os alimentos podem ser pedidos pelo réu na via **reconvencional**. Reconhecidas a necessidade de um e a possibilidade do outro, devem ser deferidos **alimentos provisórios**. No **casamento putativo** podem ser deferidos **alimentos definitivos** em favor do cônjuge necessitado que agiu de boa-fé. Não importa se foi reconhecida a putatividade também com relação ao alimentante. Ainda assim deve ele arcar com os alimentos. A origem da obrigação não tem caráter punitivo. Mantida a eficácia do casamento durante um período, permanece hígido o dever de mútua assistência a gerar direito a alimentos.

Havendo **filhos**, indispensável que na ação desconstitutiva do casamento fique definida a guarda, o regime de convivência e os alimentos. Como existem essas obrigações na ação de dissolução do casamento, impositivo que este seja exigido na ação anulatória, pois com o desfazimento do casamento não se alteram os deveres dos pais em relação à prole.

Também há questões de ordem patrimonial que precisam eventualmente ser solvidas. Adquiridos bens durante a vigência do casamento, ainda que venha ele a ser anulado, necessário que ocorra a **partilha**. A desconstituição do vínculo matrimonial não pode ensejar o enriquecimento injustificado de um dos cônjuges em detrimento do outro.

LEITURA COMPLEMENTAR

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*: Direito de Família. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. 6 v.

68. Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 257.

22

DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Sumário: 22.1. Aspectos históricos – **22.2.** O fim do instituto da separação: **22.2.1.** Reconciliação; **22.2.2.** Conversão da separação em divórcio – **22.3.** Aspectos intertemporais – **22.4.** Fim do casamento? – **22.5.** Separação de fato – **22.6.** Separação de corpos – **22.7.** Morte: **22.7.1** Morte presumida e ausência – Leitura complementar.

Referências legais: CR 226 § 6.º; EC 66/2010; CC 10 I, 197 I, 792, 980, 1.027, 1.562, 1.571 a 1.582, 1.643; CPC 23 III, 53 I, 189 II, 693 a 699, 731 a 733; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos - LRP), 29 § 1.º *a*, 167 II 14; Lei 12.874/2013; Lei 8.245/1991 (Lei do Inquilinato - LI) 12; Lei 12.036/2009; CNJ - Resoluções 35/2007 e 120/2010 e Provimento 82/2019.

22.1. ASPECTOS HISTÓRICOS

Para entender a razão dos empecilhos historicamente impostos ao fim do casamento, é necessário atentar ao conceito de **família**, sempre valorada como um bem em si mesmo. Sua perpetuação era uma tentativa de consolidar as relações sociais. Tanto que a ideia de família sempre esteve ligada à de **casamento**. Vínculos extramatrimoniais eram moralmente reprovados e punidos pela lei. O rompimento da sociedade marital afigurava-se como um esfacelamento da própria família.[1]

Sob a égide de uma sociedade conservadora e fortemente influenciada pela igreja, o casamento era uma instituição sacralizada. Quando da edição do Código Civil de 1916, o casamento era **indissolúvel**. A única possibili-

1. Gustavo Tepedino, O papel da culpa na separação e no divórcio, 42.

dade legal de rompimento era por meio do **desquite**. Além de uma palavra estranha, o instituto também o era: "não quites" significa alguém em débito para com a sociedade. O casal não estava mais casado, mas a **sociedade conjugal** não se dissolvia. Restava somente o dever de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre. Cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto, mas os desquitados não podiam casar novamente.

Apesar disso, **vínculos extramatrimoniais** sempre foram tolerados, mas nunca reconhecidos. As raras referências legais tinham caráter punitivo. Recebia o pejorativo nome de **concubinato** e não gerava nem direitos, nem deveres mútuos. Não havia o reconhecimento de obrigação alimentar, a imposição de partilha de bens nem eram garantidos direitos sucessórios.

Quando os conflitos decorrentes dessas uniões bateram às portas da Justiça, em um primeiro momento, houve o reconhecimento de simples **sociedade de fato**, a ensejar tão somente a **partilha** dos bens adquiridos durante o período da vida em comum, mediante a prova do aporte econômico de cada um.

Em face da forte resistência dos segmentos mais conservadores, concessões foram feitas para a aprovação da **Lei do Divórcio** (Lei 6.515/1977). Uma delas foi a manutenção do desquite, com singela **alteração terminológica**. Passou a ser chamado de **separação judicial**, com idênticas características: pôr fim à **sociedade conjugal** sem dissolver o **vínculo matrimonial**. Para obter a separação era necessário aguardar o decurso de prazos ou a identificação de um culpado. O divórcio direito era uma exceção. Mesmo o divórcio consensual dependia do implemento do prazo de dois anos.

Se, em um primeiro momento, para facilitar a aprovação da Lei do Divórcio, foi útil e quiçá necessária essa artimanha, com o passar dos anos não mais existiam razões para manter dupla via. Ainda assim a Constituição de 1988 (226 § 6.º) concedeu sobrevida à **separação**, que gera um verdadeiro limbo: a pessoa não é mais casada, mas não pode casar de novo.

O primeiro passo que limitou o intervencionismo do Estado nas relações familiares foi a possibilidade de a separação e o divórcio consensual serem feitos administrativamente por meio de **escritura pública**. Para isso, além do consenso entre os cônjuges, indispensável que não existam filhos menores ou incapazes.

A Emenda Constitucional 66/2010, ao dar nova redação ao § 6.º do art. 226 da CR, **excluiu** a separação do sistema jurídico. Sérgio Barrada Carneiro, autor da Proposta de Emenda à Constituição, assegura que a intenção era suprimir o instituto da separação judicial e acabar com o prazo

de dois anos para o chamado divórcio direto. É categórico: em momento algum foi cogitada a hipótese de que se tornasse facultativa a possibilidade de convivência do referido instituto com a nova regra proposta.[2]

A separação desapareceu em boa hora, pois é instituto que guarda em suas entranhas a marca de um conservadorismo injustificável. Como bem refere Paulo Lôbo, a sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de *quantum* despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal.[3]

Alijada a separação da Carta Constitucional, restaram derrogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional a ela referente. Sequer há a necessidade de serem expressamente revogados. Eles não têm mais eficácia.

Com o fim da separação desapareceu o desarrazoado lapso temporal em que os separados judicialmente não eram mais casados, mas não podiam casar novamente. O casamento estava rompido, não havia deveres matrimoniais, mas não tinha acabado. Impedidas de casar, as pessoas podiam somente viver em **união estável**. Sem, no entanto, terem como atender à recomendação constitucional de transformar a união estável em casamento (CR 226 § 3.º).

Com a separação, evaporou-se também toda a teoria da **culpa**. Não mais é possível trazer para o âmbito da justiça qualquer controvérsia sobre a postura dos cônjuges durante o casamento. A identificação de culpados não remanesce nem em sede de **anulação do casamento,** nem para a quantificação do valor dos **alimentos**.

Agora o sistema jurídico conta com uma única forma de dissolução do casamento: o **divórcio**. A unanimidade dos tribunais proclama a extinção do instituto da separação, mesmo em face das equivocadas referências constantes no Código de Processo Civil. O julgamento isolado do STJ que afirmou sua sobrevida[4] se restringe à **separação consensual**. Afinal, se

---

2. Sérgio Barradas Carneiro e outras. Direito das Famílias na Contemporaneidade:..., 67.

3. Paulo Lôbo, PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas, 8.

4. Recurso especial. Emenda Constitucional nº 66/2010. Divórcio direto. Separação judicial. Subsistência. 1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1571, III e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo

um dos cônjuges propõe ação de separação, se o outro se opuser, não é decretada a separação. Reconhecido como de repercussão geral pelo STF, o tema aguarda julgamento.[5]

O divórcio é um **direito potestativo** amparado no princípio da dignidade humana. Como diz Cristiano Chaves, se é direito da pessoa constituir um núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna.[6]

Vivendo a sociedade novo momento histórico, sempre se questionou a legitimidade do Estado para estabelecer restrições ao desejo de alguém de romper o casamento. Além do mais, nada justificava a permanência de modalidades diversas para acabar com a vida conjugal. Nunca foi aceita a opção do legislador de manter regras próprias para a **separação judicial** (instituindo sistema fechado, rígido e com **causas** específicas, discutindo culpa, saúde mental e falência do amor) e admitir o **divórcio** submetido a um único requisito objetivo: o **tempo**.[7]

Afinal, é direito constitucional do ser humano ser feliz e dar fim àquilo que o aflige sem ter que inventar motivos.[8]

22.2. O FIM DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO

Separação e divórcio são institutos que não se confundem. Embora distintos, serviam ao mesmo propósito: pôr fim ao casamento (CC 1.571 III e IV). A diferença entre ambos sempre causou alguma perplexidade. O Código Civil diz que a sociedade conjugal **termina** pela morte, pela nulidade ou anulação do casamento, pelo divórcio e pela separação, mas somente se **dissolve** pela morte ou pelo divórcio (CC 1.571 § 1.º).

Sempre foi muito alardeada pela doutrina como indevida a intromissão do Estado na vontade das partes, estabelecendo prazos ou exigindo a

---

matrimônio (Código Civil, arts. 1571, IV e 1.580). São institutos diversos, com consequências e regramentos jurídicos distintos. 2. A Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial. 3. Recurso especial provido. (STJ – REsp 1.247.098/MS, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14/03/2017).

5. STF – Tema 1.053: Separação judicial como requisito para o divórcio e sua subsistência como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da EC nº 66/2010.
6. Cristiano Chaves de Farias, Redesenhando os contornos..., 69.
7. Idem, 107.
8. Alexandre Rosa, Amante virtual..., 88.

identificação de "culpas" para desfazer o casamento. Evidente o desrespeito ao princípio da **liberdade** e da **autonomia da vontade**. Por isso **inconstitucionais** as limitações impostas à separação e ao divórcio, por afrontarem o princípio que consagra o respeito à **dignidade da pessoa** como bem supremo. Era absurdo forçar a manutenção do estado de casado, quando o casamento não mais existia. Afinal, ninguém pode ser obrigado a viver com quem não esteja feliz.[9]

Como diz Maria Celina Bodin de Moraes, a relação de casamento é, juridicamente, uma relação simétrica e solúvel entre pessoas iguais. Se, por circunstâncias que não cabe ao direito investigar, não está ocorrendo o que se espera de uma relação conjugal, a solução é sua dissolução. Assim, a separação do casal em virtude da ruptura da vida em comum é o único remédio razoável, servindo como meio apaziguador do conflito.[10]

Ao depois, até para quem acredita que a Constituição dá preferência ao vínculo matrimonial (CR 226, § 3.º), obstaculizar a separação e o divórcio, mantendo à força o enlace conjugal, desatenderia recomendação de transformar a união estável em casamento. As pessoas separadas de fato ou judicialmente podem constituir união estável (CC 1.723 § 1.º), mas não podem convertê-la em casamento.

A EC 66/2010, ao dar nova redação ao § 6.º do art. 226 da CR, baniu o instituto da separação do sistema jurídico pátrio. Uniforme a jurisprudência de todos os tribunais de que a separação judicial não mais existe, restando apenas o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial.[11] Afastado o instituto da separação do texto constitucional, foram derrogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes ao tema. Não mais integram o sistema jurídico. Ainda que permaneça inalterado o **Código Civil** (1.571 a 1.578), tal não significa que persiste o instituto. O Conselho Nacional de Justiça, ao revogar o art. 53 da Resolução 35/2007,[12] dispensando o prazo para possibilitar o divórcio extrajudicial, acabou chancelando a eficácia da EC 66/2010.

A única forma de se buscar a dissolução do casamento é pleitear sua anulação ou propor ação de divórcio, que não exige a indicação de **causa de pedir**. Pressuposto que não integra o **objeto da demanda**. Não subsiste a

9. Idem, 129.
10. Maria Celina Bodin de Moraes, Danos morais em família?..., 191.
11. Zeno Veloso, O novo divórcio e o que restou do passado.
12. CNJ – Resolução 120/2010.

necessidade do decurso do **prazo** de um ano do casamento para a obtenção do divórcio (CC 1.574).[13] O avanço foi significativo. Afinal, se não há prazo para casar, nada justifica a imposição de prazo para o casamento acabar.

O fato de o **Código de Processo Civil**, de modo para lá de injustificado, fazer referência à separação, não tem o condão de ressuscitar o instituto já sepultado por todos os tribunais do país.

Somente um artigo, no âmbito do Direito Internacional Privado, fala em **separação judicial** (CPC 23 III). Dois utilizam a expressão **separação consensual** (CPC 731 e 733). Quatro fazem alusão somente à separação (CPC 53 I, 189 II, e § 2.º e 693). Há uma única referência à **separação de corpos** (CPC 189 II). Para não rotular de inconstitucionais tais dispositivos o melhor é reconhecer que todas as referências dizem com a **separação de fato**, que, ao ser decretada judicialmente, transforma-se em **separação de corpos**. Não há outra leitura possível de tais dispositivos.

Tais previsões afrontam o **princípio da proibição de retrocesso social**, não existindo permissivo para lei ordinária alterar o comando constitucional. A lei processual estabelece ritos para a busca de tutela de direitos pessoais. Mas, se inexiste direito a ser tutelado, previsões procedimentais não têm o condão de criar ou recriar direitos. São regras absolutamente ineficazes que caem no vazio.

A verdade é uma só: a única forma de dissolução do casamento é o divórcio, eis que o instituto da separação foi banido – e em boa hora – do sistema jurídico pátrio. Como diz Paulo Lôbo, perdida a razão histórica da separação, fundada na indissolubilidade matrimonial e de obstáculo à obtenção do divórcio direto, sua permanência vai de encontro e não ao encontro dos valores contemporâneos que se projetaram na Constituição e no ordenamento jurídico brasileiros de autonomia e liberdade de entrar e sair de qualquer relacionamento conjugal.[14]

A nova ordem constitucional trouxe, via reflexa, mais uma mudança. Como é incabível a discussão dos motivos que levaram ao fim do relacionamento, não cabe eventual o achatamento do valor dos **alimentos**, não havendo como perquirir se a situação de necessidade resultou da **culpa** de quem os pretende (CC 1.694 § 2.º). Encontram-se derrogados os arts. 1.702 e 1.704 do CC.

13. JCJF – Enunciado 517: A Emenda Constitucional 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão.

14. Paulo Lôbo, Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial.

Com o fim do instituto da separação, também acaba a odiosa prerrogativa de o titular do **nome** buscar que o cônjuge que o adotou seja condenado a abandoná-lo. Não estão mais em vigor os arts. 1.571 § 2.º e 1.578 do CC.

No entanto, como a regra constitucional fala em "**pode**", acabou o Superior Tribunal de Justiça por afirmar que não foi abolida do ordenamento jurídico a figura da **separação judicial**, em respeito ao pleno exercício da autonomia privada.[15] No entanto, esta seria prerrogativa admissível somente em se tratando de **separação consensual**.

A decisão vai de encontro ao significativo avanço que acabou com a obrigação de as pessoas se manterem casadas.

Mas há questões de ordem prática. Ingressando um dos cônjuges com o pedido de separação judicial, o outro, em sede de contestação, pode requerer a decretação do divórcio? Ou há necessidade de opor reconvenção? Como se trata de um direito potestativo, o autor não poderia se opor? Haveria a possibilidade de questionamento sobre a culpa pelo fim do casamento? O reconhecimento da culpa autorizaria pedido de indenização por dano moral?

Para evitar toda esta celeuma o jeito é eventualmente admitir a **separação consensual**, em que não há indicação de culpados. E, inexistindo filhos incapazes, é possível a separação ser levada a efeito por escritura pública. Mas há tabeliães que estão se negando a lavrá-las.

Um argumento derradeiro de quem quer assegurar sobrevida à separação é a possibilidade da **reconciliação**. Ou seja, no caso de **arrependimento**, não haveria a necessidade de ocorrer novo casamento, que obrigaria a partilha dos bens ou a adoção do regime da separação obrigatória (CC 1.523, III, e 1.641, I). Mais uma vez, a resistência não convence. Havendo dúvidas ou a necessidade de um prazo de reflexão, tanto a **separação de fato** como a **separação de corpos**, preservam o interesse do casal. Qualquer uma dessas providências suspende os deveres do casamento e termina com a comunicabilidade dos bens. A separação de corpos, inclusive, pode ser levada a efeito de modo consensual por meio de **escritura pública**. E, ocorrendo a reconciliação, tudo volta a ser como era antes. Não há sequer a necessidade de revogar a separação de corpos. O único efeito – aliás, bastante salutar – é que os bens adquiridos e as dívidas contraídas durante o período da separação são de cada um, a não ser que o par convencione de modo diverso.

15. JCJF – Enunciado 514: A Emenda Constitucional 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.

Descabido alegar que se estaria fragilizando a família e banalizando o casamento. Ora, não há como acreditar que alguém não vai casar simplesmente porque ficou mais fácil se separar. Quem está feliz não irá se divorciar somente porque agora o procedimento é mais rápido. Ao contrário, vai aumentar o número de casamentos, o que era obstaculizado pelos entraves legais à dissolução dos vínculos anteriores.

Quem é separado judicialmente deve continuar se qualificando como tal, apesar de o **estado civil** que os identifica não mais existir.

22.2.1. Reconciliação

A separação tinha como única "vantagem" a possibilidade de o casal revertê-la, caso houvesse a reconciliação. Como não terminava com o vínculo matrimonial, era assegurado o direito de os cônjuges volverem ao casamento, sem a necessidade de casar novamente. Nada mais do que a consagração do que se pode chamar de "cláusula de arrependimento". Esse benefício da separação, porém, era deveras insignificante, até porque são raras as reversões de que se tem notícia.

A lei fala em "restabelecer", que significa "repor, restaurar, colocar no antigo estado, fazer existir novamente", isto é, voltar à condição de casado. Cabe então atentar aos seus **efeitos** – quer pessoais, quer patrimoniais – durante o período em que o casal esteve separado. Não há como persistir, por exemplo, a **presunção de filiação** dos filhos nascidos nesse período.

Quanto aos **bens** adquiridos neste período por um ou outro dos separados, não passam a pertencer a ambos. Como a lei expressamente resguarda eventuais direitos de terceiros (CC 1.577, parágrafo único, e LD 46, parágrafo único), a reconciliação não dispõe de **eficácia retroativa**. Seu efeito é *ex nunc*. Assim, os bens adquiridos por um durante o período da separação não se comunicam com o outro. Não havendo expressa manifestação dos cônjuges optando pela comunicabilidade, os bens pertencem a quem os adquiriu durante o período da separação. E mais. Se um tiver **mantido união estável** enquanto separado, há que se respeitar a meação do companheiro, em face de sua condição de terceiro.

A decisão homologatória do pedido de restabelecimento do casamento dispõe de carga de **eficácia constitutiva**. Conquanto o casamento se restaure nos mesmos termos em que foi constituído, nada impede que aproveitem os cônjuges o procedimento da reversão para pleitear **alteração do regime de bens**. Basta o atendimento aos requisitos legais (CC 1.639 § 2.º e CPC 734).

Reconciliado o par e não levado a juízo o pedido de **homologação do restabelecimento da sociedade conjugal**, o casamento não renasce. O **estado civil** continuará sendo de separados. Ainda que durante o período da separação o **vínculo conjugal** tenha continuado hígido, a separação rompeu com o casamento. Voltando o casal a viver juntos, constituem uma **união estável**. Tal circunstância pode ensejar a alteração do regime de bens.

O pedido de restabelecimento da sociedade conjugal deve ser levado a efeito nos **mesmos autos** da separação. Não há necessidade de **audiência de ratificação**. A decisão dispõe de **efeito** a partir do trânsito em julgado. Quanto aos cônjuges empresários, o ato de reconciliação precisa ser averbado no Registro Público de Empresas Mercantis para valer contra terceiros (CC 980).

Ainda que a separação tenha sido judicial, é possível que a reconciliação ocorra na **via administrativa**, mesmo que haja filhos menores ou incapazes.[16]

Caso tenham se **divorciado**, havendo arrependimento, eles precisam se **casar novamente**, o que, além de mais prático, mais barato – já que o casamento é gratuito (CR 226 § 1.º e CC 1.512) –, também é muito mais romântico. Porém, para terem a liberdade de escolha do regime de bens, é necessário que tenham procedido à **partilha dos bens**. Caso não tenha sido levada a efeito a divisão do patrimônio do primeiro casamento, o regime matrimonial será obrigatoriamente o da **separação** (CC 1.641 I e 1.523 I).

22.2.2. Conversão da separação em divórcio

Com o advento da EC 66/2010, não mais cabe o pedido de conversão da separação em divórcio (CC 1.580 § 1.º). O procedimento desapareceu, e, com ele, a exigência temporal de um ano do trânsito em julgado, para que tal ocorresse (CC 1.580). Os separados judicialmente ou separados de corpos, por decisão judicial, podem pedir imediatamente a decretação do divórcio sem haver a necessidade de aguardar o decurso de qualquer prazo.

Estando em andamento o procedimento de conversão da separação em divórcio, em vez da extinção de plano do processo, cabe ao juiz simplesmente decretar, de ofício, o divórcio. Não é necessário sequer intimar previamente as partes.

---

16. CNJ – Resolução 35: Art. 48. O restabelecimento de sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, ainda que a separação tenha sido judicial. Neste caso, é necessária e suficiente a apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento.

22.3. ASPECTOS INTERTEMPORAIS

A matriz constitucional elegendo o divórcio como única forma da dissolução do casamento entrou imediatamente em vigor, sem carecer de regulamentação. O divórcio está regrado no Código Civil e no Código de Processo Civil, encontrando-se revogada a Lei do Divórcio nesse ponto.

A alteração atingiu as ações **em andamento**. Todos os processos de separação **perderam o objeto**. Não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico. Ninguém duvida que a pretensão do autor, ao propor a ação de separação, era dissolver o casamento. A única forma disponível no sistema legal pretérito era a prévia separação judicial. No momento em que o instituto deixou de existir, em vez de extinguir o processo, deve o juiz decretar o divórcio, de ofício, sem que se possa falar em sentença *ultra petita*. Eventualmente, cabe continuar sendo objeto de discussão as demandas cumuladas, como alimentos, guarda, partilha de bens etc. Mas o divórcio cabe ser decretado de imediato. Como se trata de **direito potestativo**, pode ser deferido liminarmente, pois não é necessária a concordância do réu. Cabe ao juiz proferir sentença parcial de mérito (CPC 356).[17]

De modo geral, nas ações de separação não havia inconformidade de nenhuma das partes quanto à dissolução da sociedade conjugal. Somente era utilizado dito procedimento por determinação legal, que impunha um pressuposto: imputação da culpa ao réu. Como o fundamento do pedido não cabe mais ser questionado, deixa de ser necessária qualquer motivação para ser decretado o divórcio.

Surgido **fato extintivo** do direito objeto da ação, precisa ser reconhecido de ofício (CPC 493). Não há sequer a necessidade de a alteração ser

---

17. Divórcio liminar. Divórcio impositivo. Tutela provisória da evidência. Possibilidade. Direito potestativo. Recurso conhecido e provido. 1. A Emenda Constitucional 66/2010 promoveu uma mudança de paradigma no Direito de Família, ao suprimir os requisitos temporais para dissolução do casamento e simplificar o processo para cessação do vínculo conjugal. Ao passo que se diminui a intervenção estatal na vida privada, privilegia-se a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana em regular sua vida amorosa e afetiva. 2. Em que pese o legislador não ter incluído a hipótese do divórcio no inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil dentre as hipóteses de concessão liminar, deve-se realizar uma interpretação integrativa quando desnecessário o contraditório. 3. No pedido de decretação do divórcio em sede de tutela de evidência, a declaração de vontade de um dos cônjuges é suficiente e a defesa contra o pedido possui apenas caráter protelatório, autorizando-se a antecipação da tutela. 4. O deferimento liminar do divórcio privilegia a celeridade do processo e prestigia a autonomia da vontade nas relações intersubjetivas. 5. Recurso conhecido e provido. (TJDF AI 0720448-83.2020.8.07.0000, 8ª T. Cív., Rel. Eustáquio de Castro, j. 08/10/2020).

requerida pelas partes. Deve o juiz decretar o divórcio. A discordância de uma das partes – seja do autor, seja do réu – não impede a dissolução do casamento. Somente na hipótese da expressa oposição de ambos os separandos à concessão do divórcio, deve o juiz reconhecer a falta de interesse processual, não resolvendo o mérito (CPC 485 VI). Não há como chancelar direito não mais previsto na lei.

Encontrando-se o processo de separação em grau de **recurso**, cabe ao relator decretar o divórcio, postura que não fere ao princípio do duplo grau de jurisdição, além de atender aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da economia processual e da efetividade da prestação jurisdicional.

22.4. FIM DO CASAMENTO?

Com o fim do instituto da separação, o art. 1.571 do Código Civil perdeu sentido. Não existe mais qualquer causa que "termine" a sociedade conjugal, a não ser a separação de fato e a separação de corpos.

Pode ocorrer a "dissolução" do casamento:

- pela morte de um dos cônjuges;
- quando do trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento; ou
- com o divórcio.

Há uma severa confusão na lei que urge dissipar. Nem a **anulação**, nem a **nulidade do casamento** levam ao término da sociedade conjugal (CC 1.571 II). "Terminar" significa pôr fim, acabar, concluir. A mera nulidade, enquanto não reconhecida judicialmente, não afeta a higidez do casamento, que existe e produz todos os efeitos. A ação anulatória tem eficácia **desconstitutiva**, e a sentença só gera efeitos depois do seu **trânsito em julgado**. Assim, não é a nulidade ou a anulação do casamento que levam ao seu término, mas a decisão judicial definitiva que o anula.

De outro lado, tanto a **declaração de nulidade** do casamento, por infectado de nulidade absoluta (CC 1.548), como sua **anulação**, quando acometido de nulidade relativa (CC 1.550), têm **efeito *ex tunc***, desconstituindo o vínculo conjugal desde a celebração (CC 1.563), como se jamais tivesse existido.[18] Anulado o casamento, deixa de existir qualquer liame entre as partes, que voltam ao estado de solteiras. Somente o **casamento**

18. Francisco Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de Direito de Família, 229.

putativo tem efeito *ex nunc* com relação ao cônjuge de boa-fé (CC 1.561 e § 1.º). Produz efeitos da data da união até o trânsito em julgado da sentença que o desconstitui (CC 1.561). Aos filhos advindos do casamento putativo, também são aproveitados todos os efeitos jurídicos decorrentes, independentemente da boa ou da má-fé dos genitores.[19]

Com o fim da separação judicial, que levou de arrasto a necessidade de aguardar o decurso de qualquer prazo para o decreto do divórcio a distinção entre término e dissolução da sociedade não mais existe. A simples **separação de fato** – que pode ocorrer inclusive residindo o casal sob o mesmo teto – põe fim ao casamento, e a todos os seus pessoais ou patrimoniais. Não há necessidade de formalizar o rompimento da sociedade conjugal, que apenas não se dissolveu.

A chancela judicial à **separação de fato** – que passa a chamar-se **separação de corpos** –, apesar de não dissolver o casamento, serve de prova do seu fim. Os cônjuges mantêm o estado civil de casados, mas o casamento está rompido. Tanto a separação de fato quanto a de corpos acabam com os efeitos jurídicos do casamento. Ambas fazem cessar os deveres de coabitação e fidelidade, deixando de existir a presunção de paternidade dos filhos. Do mesmo modo, acaba a comunicabilidade patrimonial. Qualquer um pode constituir união estável.

A separação de fato – como o próprio nome diz – ocorre no mundo dos fatos. Rompe o casamento, ainda que não o dissolva. A **separação de corpos** nada mais é do que a chancela judicial da separação de fato. Quer seja pedida por um do par, quer consensualmente, para delimitar o fim da união.

Quando é determinado judicialmente o afastamento de um do lar comum, a data do cumprimento da medida marca o término do casamento. A partir desse momento, a separação passa a se chamar de corpos. Ou seja, não existe qualquer diferença entre as duas situações. É a intervenção judicial que estabelece eventual distinção entre a separação de fato e separação de corpos.

Em caso de **violência doméstica**, o juiz pode determinar o afastamento do agressor do lar a título de medida protetiva (LMP 22 II).

Para o afastamento da vítima – se este é o seu desejo – sequer há necessidade de buscar alvará judicial, pois não se gera consequência alguma. O abandono do lar deixou de existir e penalizar quem simplesmente exerceu o direito de acabar com o casamento ou a união estável.

---

19. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil: Famílias, 187.

22.5. SEPARAÇÃO DE FATO

Não obstante a dissolução da sociedade conjugal ocorrer com o divórcio, é a separação de fato que, realmente, põe um ponto-final no casamento. Todos os efeitos decorrentes da nova situação fática passam a fluir da ruptura da união.

A separação de fato é um estado continuativo. Trata-se de um fato jurídico. Um simples reconhecimento da **teoria da aparência**, também denominada de **teoria da primazia da realidade**, visualizando consequências jurídicas de um estado factual relevante para as relações familiares.[20] Para o reconhecimento da separação de fato não se exige que o casal esteja vivendo em residências distintas. Possível reconhecê-la ainda que habitem sob o mesmo teto.[21]

Cessada a **convivência**, o casamento não gera mais efeitos, faltando apenas a chancela estatal. O casamento nada mais produz, porque simplesmente deixou de existir. Não há mais sequer o dever de **fidelidade**. Tanto isso é verdade que os separados de fato podem constituir **união estável** (CC 1.723 § 1.º). Só não podem casar. Ou seja, há somente o impedimento de converter a entidade familiar em casamento, conforme recomenda a Constituição da República (226 § 3.º).

O fim da vida em comum leva à cessação do **regime de bens** – seja ele qual for –, porquanto já ausente o ânimo socioafetivo, real motivação da comunicação patrimonial.[22] Esse é o momento de verificação dos bens para efeitos de **partilha**. No regime da comunhão final dos aquestos, a norma é expressa (CC 1.683): *na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência.* Essa regra merece ser invocada para qualquer dos regimes de bens.

---

20. Cristiano Chaves de Farias e outros, Manual de Direito Civil, 1.246.

21. Ação de divórcio litigioso cumulada com pedido de fixação de guarda e alimentos. Inconformismo contra decisão que deferiu a guarda provisória do filho do casal à autora e fixou alimentos em favor do menor. Alegação do recorrente de que a decisão agravada deve ser reformada, uma vez que as partes ainda vivem sob o mesmo teto. Desacolhimento. Considerando que há uma ação de divórcio em curso e que a separação do casal é fato incontroverso, não há razão para se postergar as providências supracitadas para momento futuro. Necessidade de se evitar atritos entre as partes e de se salvaguardar o melhor interesse do menor. Recurso não provido. (TJSP – AI 2145956-86.2018.8.26.0000, 6ª C. Dir. Priv., Rel. José Roberto Furquim Cabella, j. 17/10/2018).

22. Rolf Madaleno, Do regime de bens entre os cônjuges, 194.

Apesar do que diz a lei (CC 1.575 e 1.576), é a data da separação de fato que põe fim ao **regime de bens.**[23] Este é o marco que finaliza, definitivamente, o estado patrimonial. A partir de então, o patrimônio adquirido por qualquer dos cônjuges não se comunica.[24] Dessa forma, após a separação de fato, embora não decretada a **separação de corpos** nem oficializado o **divórcio**, os bens adquiridos por um dos cônjuges só a ele pertencem, ainda que se mantenha legalmente na condição de casado. É o que diz Guilherme Calmon Nogueira da Gama: para evitar soluções injustas, prevenindo o **enriquecimento sem causa** (CC 884), além de cumprir os valores e princípios constitucionais no que tange à ética solidária das relações intersubjetivas, urge que se considere que não se comunicam, e, por isso, não se sujeitam à partilha, os bens adquiridos durante a separação de fato do casal.[25]

A doutrina chama de **mancomunhão** o estado de indivisão patrimonial decorrente do regime de bens. Tal levou boa parte da jurisprudência a negar, durante algum tempo, à separação de fato a possibilidade de romper o regime de bens, o que só ocorreria com a ultimação da partilha. Esta posição ensejava prejuízos enormes de quem não estava na posse de bens comuns.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece que é devido o pagamento pelo uso exclusivo de bens, mas somente depois de definido o percentual do patrimônio comum a que tem direito cada um dos cônjuges, exigindo também a intimação do detentor da posse.[26] De todo dispensável este duplo requisito. Basta ter ocorrido a **separação de fato** para que o cônjuge ou companheiro que permanece no imóvel comum, indenize o outro que está alijado da posse. Desnecessário esperar a sentença de partilha e a consti-

23. IBDFAM – Enunciado 2: A separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre cônjuges e entre companheiros.

24. Rodrigo da Cunha Pereira, Comentários ao novo Código Civil:..., 192.

25. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Separação de fato e ética..., 94.

26. Agravo interno no recurso especial. Ação de arbitramento de aluguéis. Ocupação exclusiva do imóvel por um dos cônjuges após desfazimento do matrimônio. Imóvel ainda não partilhado formalmente. Indenização. Possibilidade a depender das circunstâncias do caso concreto. 1. Ação de arbitramento de aluguéis em razão de ocupação exclusiva do imóvel por um dos cônjuges após desfazimento do matrimônio. 2. Na separação e no divórcio, sob pena de gerar enriquecimento sem causa, o fato de certo bem comum ainda pertencer indistintamente aos ex-cônjuges, por não ter sido formalizada a partilha, não representa automático empecilho ao pagamento de indenização pelo uso exclusivo do bem por um deles, desde que a parte que toca a cada um tenha sido definida por qualquer meio inequívoco. Precedente da 2ª Seção. 3. Agravo interno no Recurso Especial não provido. (STJ – AgInt-REsp 1.849.360 (2019/0345277-1/SP), 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29/06/2020).

tuição em mora, via intimação. Estando o casal separado, a posse exclusiva de bem comum por um deles, sem lhe impor qualquer ônus pelo seu uso, gera injustificável locupletamento frente ao outro.

Ocorrendo a separação de fato, cessam os **direitos sucessórios**. Afinal, o casamento acabou. Mas o Código Civil assegura o direito à herança se o casal estava separado de fato há menos de **dois anos** e a culpa pela separação tenha sido do defunto (CC 1.830). Como o fim da separação ensejou o banimento do instituto da culpa, é de se ter tal dispositivo como derrogado. A mesma sorte merece a possibilidade de haver direito sucessório até **cinco anos** após a separação de fato, ao assegurar ao cônjuge, durante este período, o direito de reivindicar os bens transferidos pelo cônjuge ao "concubino" (CC 1.642 V).

Em sede do **direito securitário**, está previsto que, na falta de indicação do beneficiário, o pagamento do capital segurado seja feito ao "cônjuge não separado judicialmente" (CC 792). Pacificado que a separação de fato rompe o casamento, é de se ter por excluído do indigitado dispositivo legal a expressão "não separado judicialmente". Assim, somente o cônjuge que convivia com o instituidor pode se beneficiar do seguro. Esta é a única forma de assegurar consonância com o artigo seguinte (CC 793): *É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato.* Não há como deferir o seguro a quem não mais convivia com o segurado, deixando de beneficiar a pessoa que com ele mantinha uma entidade familiar.

Entre os efeitos do casamento, um é impedir o decurso do prazo da **prescrição** entre os cônjuges (CC 197 I). Como a separação de fato põe fim ao casamento, desaparece o efeito interruptivo da prescrição.

Nem a separação de fato nem o divórcio geram efeitos no **contrato de locação** firmado durante o casamento por qualquer dos cônjuges. O contrato persiste em favor daquele que permanecer no imóvel.[27]

22.6. SEPARAÇÃO DE CORPOS

Todas as ações que envolvem vínculos afetivos desfeitos carregam grande dose de ressentimentos e mágoas. A tendência sempre é culpar o outro pelo fim do sonho do amor eterno. Assim, não é difícil imaginar o surgimento de conflitos que possam comprometer a vida ou a integridade física dos cônjuges e também da prole, quando um deles revela a intenção

27. Art. 12 da Lei 8.245/91.

de se separar. Esse é o motivo autorizador do pedido de separação de corpos (CC 1.562), mesmo antes de intentada a ação de divórcio.

A separação de corpos é a alternativa para quem deseja pôr fim aos deveres conjugais e ao regime de bens, sem dissolver o casamento. Muitas vezes, os cônjuges invocam até razões de ordem religiosa para não se divorciarem. Mas cabe atentar que o divórcio dissolve o casamento civil e não o religioso. Com a separação de corpos, os cônjuges se mantêm no estado de casados, apesar de o casamento estar rompido. Cessados os deveres de coabitação e fidelidade, acaba a comunicabilidade patrimonial. Qualquer um pode constituir união estável. A chancela judicial à separação de fato serve de prova do fim do casamento.

Quando a motivação é **violência doméstica**, é possível buscar a aplicação da medida protetiva de afastamento do lar comum (LMP 22 II), sendo impositiva a fixação de **alimentos provisórios** a favor dos filhos dependentes do agressor (ECA 130 parágrafo único). Não é preciso maiores provas: havendo alegação de violência doméstica, o simples **registro de ocorrência policial** desencadeia o procedimento de urgência a ser enviado a juízo (LMP 12 III). Conquanto seja um documento unilateral, produzido com as informações prestadas pela vítima, justifica-se a concessão do pedido, em sede liminar, de afastamento do réu do agressor.

Ainda que a **tutela cautelar** mantenha eficácia pelo prazo de 30 dias (CPC 308), a separação de corpos é medida **satisfativa**, não se sujeitando ao prazo decadencial. De todo desarrazoado que, deixando o cônjuge de promover a ação de divórcio, a medida cautelar deixa de produzir efeito. O resultado seria desastroso. Quem foi coactamente afastado do lar não pode adquirir o direito de a ele retornar. No Direito das Famílias, o bom senso repele a caducidade.

Nada impede que o pedido de afastamento do cônjuge do lar seja formulado na ação de divórcio, a título de **tutela antecipada** (CPC 303). Possível o deferimento do pedido em sede **liminar**, sem a ouvida do réu (*inaudita altera pars*), ou depois da audiência de mediação e conciliação (CPC 696). Desnecessária, para o deferimento da separação de corpos, a alegação – e muito menos a prova – de que esteja o autor sujeito a risco. O simples esfacelamento da afetividade e a intenção de buscar o desenlace do vínculo autorizam impor o fim do convívio. Ora, se a finalidade do Estado é proteger a família, não se justifica manter sob o mesmo teto pessoas desavindas, deixando-as sujeitas aos perigos da desarmonia.[28]

---

28. Suzana Borges Viegas de Lima, Separação de corpos:..., 329.

Não raro propõe a medida cautelar de separação de corpos quem quer se afastar do lar comum. Ainda assim, muitas vezes, de forma absolutamente desarrazoada, é determinada a realização de **audiência prévia**. O lapso temporal que decorre entre o pedido da tutela jurisdicional e a sua concretização pode colocar em risco a integridade física e a vida não só do cônjuge como dos filhos. De todo descabido impor a convivência quando um dos cônjuges manifesta a vontade de romper a vida em comum.

Quando os cônjuges querem "dar um tempo", deixando de viver sob o mesmo teto, mas não querem se divorciar, de forma **consensual** podem fazer uso do procedimento de separação de corpos. A medida serve para fixar os efeitos patrimoniais da **separação de fato** e afasta a **presunção de paternidade** de que desfruta o filho de homem casado (CC 1.597).

Caso pretenda o par identificar o momento em que o casamento deixou de produzir efeitos, principalmente em face de questões de ordem patrimonial, não se justifica baterem às portas do Poder Judiciário buscando a separação de corpos. Eventual pretensão certificatória esbarra na falta de interesse de agir. Claro que não dá para obstaculizar o acesso à Justiça. Mas de todo descabido buscar mero efeito homologatório, que pode ser obtido extrajudicialmente, quer por meio de escritura pública, quer por simples instrumento particular de acordo, firmado pelo casal e duas testemunhas. É o que basta.

Sendo consensual o fim do convívio, os cônjuges podem lavrar, perante o tabelião, **escritura de separação de corpos**. Como é possível o divórcio consensual em sede administrativa, não se justifica impedir a separação de corpos pela mesma modalidade.

22.7. MORTE

Não só o divórcio. Também o falecimento de um dos cônjuges dissolve o vínculo conjugal (CC 1.571 § 1.º).

Com a morte do cônjuge, o sobrevivente passa à condição de **viúvo**. O **estado civil** de viuvez identifica a situação de quem foi casado e o seu cônjuge faleceu. No entanto, impor a necessidade de revelar tal condição na própria qualificação gera um sem-número de constrangimentos. Claramente, constituiu violação do direito à privacidade. A quem interessa saber se alguém casou e seu cônjuge morreu? Dita identificação serve tão só para saber a situação do seu **patrimônio**, pois permite questionar se os bens lhe pertencem com exclusividade ou necessitam submeter-se a inventário. Para isso, de todo desnecessário que a pessoa seja praticamente rotulada como viúva.

Tendo um dos cônjuges adotado ao casar o **sobrenome** do outro, o viúvo continua a identificar-se com o nome do falecido. Mas se este não for o seu desejo, pode requerer diretamente no registro civil o retorno ao nome de solteiro.[29]

Com a morte de um, cessa o **impedimento** do cônjuge sobrevivente **para o casamento**. No entanto, a **mulher** só pode casar depois de 10 meses (CC 1.523 II), exceto se antes desse **prazo** der à luz um filho, ou provar que não está grávida (CC 1.523 parágrafo único). A espera decorre do fato de a lei presumir que os filhos nascidos nesse período foram concebidos na constância do casamento, sendo filhos do finado (CC 1.597 II). Porém, os sofisticados testes de gravidez ora existentes e o próprio exame de DNA podem comprovar com facilidade a ausência do impedimento, a tornar dispensável a espera de tão longo prazo.

Se o falecido era segurado do sistema previdenciário, só é concedida **pensão por morte** ao cônjuge sobrevivente:

- se o óbito ocorreu após 24 meses de contribuição; e
- se o casamento perdurava por mais de dois anos.[30]

A pensão passou a corresponder a 50% do benefício e só é vitalícia se o beneficiário tiver até 35 anos de expectativa de vida. Atualmente, se tiver 44 anos ou mais. Abaixo desta idade, há todo um cálculo diferenciado, sendo que, se o sobrevivente tiver menos de 21 anos, receberá a pensão por apenas três anos (Lei 13.135/2015).

Ocorrendo a morte de um dos cônjuges durante a tramitação da ação de divórcio, a ação **perde o objeto** e deve ser extinta (CPC 485 IV). Mesmo que já tenha sido proferida a sentença, mas antes do seu trânsito em julgado, o sobrevivente adquire o estado civil de viúvo. O casamento dissolveu-se pela morte.

22.7.1. Morte presumida e ausência

Não só a morte efetiva. Mas também a morte presumida (CC 6.º e 7.º) e a declaração de ausência (CC 22 a 39) dissolvem o casamento.

---

29. CNJ – Provimento 82/2019.

30. STF – Tema 457: É inconstitucional, por transgressão ao princípio da isonomia entre homens e mulheres (CF art. 5.º I), a exigência de requisitos legais diferenciados para efeito de outorga de pensão por morte de ex-servidores públicos em relação a seus respectivos cônjuges ou companheiros/companheiras (CF art. 201 V).

A declaração da morte presumida sem a decretação de ausência pode ocorrer em duas hipóteses:

- quando for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; e
- no caso de desaparecido em campanha ou se ele foi feito prisioneiro, se não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Depois de esgotadas buscas e averiguações, é possível a declaração de morte presumida, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento (CC 7.º parágrafo único). A partir do trânsito em julgado da sentença, é permitido ao "viúvo presumido" casar.

Em face do silêncio da lei, tem-se questionado o que ocorre se o **desaparecido aparece**. A doutrina diverge. Mas, afirmando a lei que a morte presumida do ausente dissolve o vínculo matrimonial (CC 1.571 § 1.º), não há falar em **bigamia**. O novo casamento do cônjuge do ausente não pode ser tido por inexistente ou nulo, pois, em matéria de casamento, não há nulidade sem expressa previsão legal. Imperioso reconhecer que, mesmo regressando o ausente, o seu casamento permanece **dissolvido**.[31] O **estado civil** do ausente que reapareceu é de **solteiro**. Afinal, não é mais casado, já que o seu casamento foi dissolvido.[32] Essa é a solução que melhor atende aos fatos da vida, pois de todo inviável convalidar relação já desvanecida pelo decurso do tempo. Ao depois, preferindo o cônjuge retornar aos braços do primeiro amor, que se divorcie e case novamente com ele.

A polêmica não perde significado em face da possibilidade do **divórcio** (CC 1.580 § 2.º). A diferença dos efeitos da sentença que declara a ausência e da que decreta o divórcio justifica a busca da declaração de ausência ou de morte presumida para o casamento ser dissolvido. Com o divórcio, ocorre a **partilha de bens** a partir da sua decretação. Já a declaração da ausência coloca o cônjuge na condição de **herdeiro**.[33] De qualquer modo, desaparecido o cônjuge, possível a ação de divórcio, caso em que a citação é feita por **edital**, havendo a necessidade de nomeação de curador (CPC 72 II).

---

31. Zeno Veloso, Novo casamento do cônjuge do ausente, 53.
32. Maria Berenice Dias, Manual das Sucessões, 513.
33. Idem, 495.

LEITURA COMPLEMENTAR

DELGADO, Mário Luiz. Divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 639-694.

LÔBO, Paulo. Divórcio e os modelos de separação entre o Código Civil e o Código de Processo Civil de 2015. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família*: Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 297-308.

MADALENO, Rolf. Separações e anulações: culpa e responsabilidades ou fim da conjugalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 598-623.

23

DIVÓRCIO

Sumário: 23.1. Aspectos históricos – **23.2.** Modalidades – **23.3.** Divórcio por mútuo consentimento: **23.3.1.** Recusa de homologação – **23.4.** Divórcio judicial: **23.4.1.** Legitimidade extraordinária – **23.5.** Ação de divórcio: **23.5.1.** Divórcio consensual; **23.5.2.** Divórcio litigioso; **23.5.3** Divórcio unilateral – **23.6.** Divórcio extrajudicial – **23.8.** Partilha de bens – Leitura complementar.

Referências legais: CR 226 § 6.º; EC 66/10; CC 10 I, 1.525 V, 1.562, 1.571, 1.579, 1.580 a 1.581; CPC 23 III, 53 I, 189 II e § 2.º e 661 § 5.º Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos - LRP) 7.º § 6.º, 167 II 14; Lei 12.874/2013; Lei 8.245/1991 (Lei do Inquilinato - LI) 12; Lei 12.036/2009; CNJ, Resoluções 35/2007 e 120/2010 e Provimentos 82/2019 e 100/2020.

23.1. ASPECTOS HISTÓRICOS

A forte influência religiosa na sociedade levou o estado a incorporar seus preceitos no sistema legal. Daí a indissolubilidade do casamento que perdurou até o ano de 1977. Só que não há jeito de obrigar alguém a abrir mão do sonho de ser feliz. Daí o chamado desquite: rompia o casamento, mas não acabava com a sociedade conjugal. Conclusão: as pessoas podiam sair do casamento, mas não podiam casar novamente.

Principalmente as mulheres desquitadas e quem constituía uma nova família eram severamente rechaçados pela sociedade. As uniões extramatrimoniais recebiam o nome de concubinato e se sujeitavam a inúmeras restrições. Nenhum direito era reconhecido e nenhuma obrigação era imposta: nem alimentos, partilha de bens ou direitos sucessórios. Claro

que esta invisibilidade perversa sempre veio em detrimento da mulher e dos seus filhos.

Foi necessária a redução do quórum para a aprovação de emendas constitucionais, para o Senador Nelson Carneiro, após 27 anos de luta, conseguir acabar com a indissolubilidade do casamento (EC 9/1977).

No entanto, para a aprovação da Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), algumas concessões foram feitas. O desquite se manteve, mas com outro nome: separação judicial.

Para a concessão do divórcio foram impostos vários entraves. Primeiro as pessoas precisavam se separar. Só depois é que podiam converter a separação em divórcio. A dissolução do vínculo conjugal era autorizada uma única vez (LD 38).[1]

O divórcio direto era possível exclusivamente em caráter emergencial, tanto que previsto nas disposições finais e transitórias (LD 40). Nitidamente, a intenção era admitir o divórcio direto somente como regra de transição.

Era necessário o atendimento cumulativo de três pressupostos:

- estarem as partes separadas de fato há cinco anos; quando da emenda constitucional de 28 de junho de 1977;
- ter esse prazo sido implementado antes da alteração constitucional; e
- ser comprovada a causa da separação.

Aos poucos a jurisprudência acabou por emprestar interpretação mais elástica a esses dispositivos. Até que a Constituição de 1988 institucionalizou o divórcio direto, tirando seu caráter de excepcionalidade.

Posteriormente foi admitido o divórcio consensual por escritura pública, perante o tabelião, sem a necessidade de chancela judicial. A possibilidade é restrita: além do consenso dos cônjuges, não pode existir filhos menores ou incapazes.

Foi do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) a iniciativa de apresentar projeto de emenda constitucional que acabou com a separação e a possibilidade de sua conversão em casamento. Deu um basta à inútil, desgastante e onerosa – tanto para o casal quanto para o Poder Judiciário – duplicidade procedimental para manter, durante o breve período de um

1. Dispositivo revogado pela Lei 7.841/1989.

ano, uma união que não mais existia. Uma sociedade conjugal "finda", mas não "extinta".

A Emenda Constitucional 66/2010, ao dar nova redação ao § 6.º do art. 226 da CR, com um só golpe alterou o paradigma de todo o Direito das Famílias.

A dissolução do casamento sem a necessidade de implemento de prazos ou identificação de culpados dispõe também de um efeito simbólico: deixa o Estado de imiscuir-se na vida das pessoas, tentando impor a mantença de vínculos jurídicos quando não mais existem laços afetivos.

Agora existe uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio. O instituto da separação simplesmente desapareceu. Também acabou o desarrazoado período em que os separados judicialmente não eram mais casados, mas não podiam casar novamente. Podiam viver em união estável, mas sem chance de transformá-la em casamento (CF 226 § 3.º).

23.2. MODALIDADES

A morte e o divórcio são as únicas formas de dissolver o casamento (CC 1.571 § 1.º). A separação foi banida do sistema jurídico pela EC 66/2010. Trata-se de um direito potestativo. Ou seja, não é necessária a concordância do par para a sua decretação. Basta haver o desejo de somente um dos cônjuges, que não precisa justificar o pedido, para buscar o divórcio via ação judicial.

Havendo consenso e não existindo filhos nascituros ou incapazes, o divórcio pode ser levado a efeito extrajudicialmente, mediante escritura pública perante o tabelião (CPC 733). É necessária a presença de advogado, que não precisa ser o mesmo para ambos. A partilha de bens pode ser feita em momento posterior, inclusive via ação litigiosa.

O divórcio pode ser requerido a qualquer tempo. No mesmo dia ou no dia seguinte ao casamento. O instituto está acanhadamente regulado no Código Civil. Enquanto a anulação do casamento está regulamentada em 17 artigos, sete parágrafos e 21 incisos, o divórcio direto não dispõe sequer de um dispositivo próprio. Está previsto em um parágrafo do artigo que regulamenta a conversão da separação em divórcio (CC 1.580 § 2.º). Fora disso, há somente a identificação dos legitimados para propor a demanda (CC 1.582) e a dispensa da partilha de bens para a sua decretação (CC 1.581).

O Código de Processo Civil dedica um capítulo às ações de família. Um rito para a ação de divórcio contencioso (CPC 693 a 699) e outro ao

divórcio consensual (CPC 731 a 734). Deste modo resta totalmente revogada a Lei do Divórcio.

O divórcio é uma das causas do término da sociedade conjugal (CC 1.571 IV), além de ter o condão de dissolver o casamento (CC 1.571 § 1.º). Com o divórcio, há a alteração do estado civil dos cônjuges, que de casados passam a divorciados. A morte de um dos ex-cônjuges não altera o estado civil do sobrevivente, que continua sendo divorciado, não adquirindo a condição de viúvo.

Como o casamento gera a inelegibilidade do cônjuge (CR 14 § 7.º), sua dissolução no curso do mandato, não afasta a restrição.[2]

Em face da atenção assegurada aos filhos no momento da separação dos pais (CC 1.583 a 1.590), pela obviedade de seu conteúdo, de todo dispensável, proclamar a lei a inalterabilidade dos direitos e deveres dos pais com relação a eles, em decorrência do divórcio ou de novo casamento (CC 1.579). A obrigação alimentar decorre tanto dos laços de parentesco como do poder familiar, não sofrendo modificação com a mudança do estado civil do devedor. No entanto, vem se consolidando a jurisprudência que permite a revisão do valor dos alimentos quando o alimentante estabelece nova entidade familiar ou ocorre o nascimento de outros filhos.

O casamento provoca a emancipação de quem casou antes de atingir a maioridade (CC 5.º parágrafo único II). Ocorrendo a dissolução do casamento, quer pelo divórcio, quer pela morte, aquele que adquiriu a maioridade não retorna ao *status quo ante*. A emancipação é irrevogável e definitiva.[3]

23.3. DIVÓRCIO POR MÚTUO CONSENTIMENTO

O término da sociedade conjugal pode ocorrer por mútuo consentimento ou via demanda judicial. Quando há consenso entre o casal, a mulher não está grávida e inexistem filhos incapazes, possível que o divórcio seja levado a efeito extrajudicialmente (CPC 733).

Mas esta é uma faculdade. Mesmo inexistindo nascituro, filhos menores, ou incapazes, não é vedada a busca da homologação judicial do

2. STF – Tema 61: A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7.º do artigo 14 da Constituição Federal.

3. Thiago Felipe Vargas Simões, A emancipação decorrente da união estável, 46.

divórcio, a ser requerida por petição firmada por ambos os cônjuges, na qual deve constar (CPC 731):

I – as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;

II – as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges (CC 1.694);

III – o acordo relativo a guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas (CC 1.583, 1.584 e 1.589); e

IV – o valor da contribuição para criar e educar os filhos (CC 1.696).

Ou seja, além da demanda de divórcio, é indispensável o acertamento de questões outras, o que leva a uma cumulação de ações.

A ação precisa ser instruída com a certidão de casamento, a certidão de nascimento dos filhos e o pacto antenupcial, se existente. Também devem ser juntados os documentos referentes ao patrimônio comum.

Apesar de os alimentos serem irrenunciáveis (CC 1.707), a obrigação alimentar entre os cônjuges pode ser dispensada quando do divórcio. Só que não haverá possibilidade de ser buscada posteriormente. Apesar de não existir restrição legal, é enorme a resistência em conceder alimentos a um dos cônjuges em momento posterior ao divórcio.

Também é necessária a deliberação a respeito do nome, se um dos cônjuges havia adotado o sobrenome do outro quando do casamento. No silêncio, presume-se que o nome permanece inalterado. Mas a qualquer momento, mesmo depois do divórcio, sempre é possível buscar o retorno ao nome de solteiro, por meio de um singelo procedimento administrativo perante o registro civil. Ao menos é o que se pode concluir da regulamentação do CNJ,[4] que não se restringe ao nome do viúvo.

A depender do regime de bens, é impositivo o arrolamento do patrimônio a partilhar. Essa providência só é dispensável no regime da separação de bens. Não havendo acordo sobre a partilha, a divisão pode ser levada a efeito depois do divórcio (CC 1.581 e CPC 731 parágrafo único). A prática se revela viciosa, por perpetuar a presença das partes em juízo, multiplicando as ações. Depois da sentença, segue-se a liquidação para identificar os bens e dar início à ação de partilha. Melhor é tudo ser solvido na mesma ação.

Existindo filhos incapazes, é indispensável a participação do Ministério Público (CPC 178 II e 698).

4. CNJ – Provimento 82/2019.

Decretado o divórcio, após o trânsito em julgado da sentença, é extraído mandado ao Cartório do Registro Civil para averbação no assento de casamento e no de nascimento de ambos os cônjuges (CC 10 I e LRP 29 § 1.º *a*).

Fazendo as partes jus ao benefício da assistência judiciária, a isenção de pagamento das custas estende-se também aos atos extrajudiciais de averbação da dissolução do casamento.

Após, são extraídos formais de partilha para averbação no registro de imóveis (LRP 167 II 14).

Mesmo depois do divórcio, nada obsta a busca de alteração de algumas das cláusulas do acordo, como alimentos, regime de convivência com os filhos etc. Em face da prioridade à guarda compartilhada, pode o genitor, por exemplo, pleitear que seja alterado o que havia ficado definido, quer consensualmente, quer por decisão judicial (CC 1.583 e 1.584).

No que diz respeito à partilha de bens, se homologada, não cabem alterações posteriores, a não ser que exista alguma causa que comprometa a sua higidez. Por exemplo, a comprovação da ocorrência de vício de vontade ou a desproporção enorme, por desconhecer um dos cônjuges a dimensão do patrimônio conjugal, permite a anulação da partilha. Descobertos outros bens, em lugar de se desconstituir a partilha, procede-se à sobrepartilha.

Esses pedidos devem ser formulados em ação autônoma, embora não haja impedimento de que sejam veiculados nos mesmos autos. Não se pode olvidar o caráter instrumental do processo.

23.3.1. Recusa de homologação

Um dos mais instigantes interditos ao fim do casamento sempre foi a possibilidade de o juiz recusar a homologação da separação consensual se entendesse que a convenção não preservava suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges (CC 1.574 parágrafo único e LD 34, § 2.º). Em face da referência legal à separação, a tendência sempre foi admitir a possibilidade de tal ocorrer também no divórcio.

Dito poder discricionário conferido ao magistrado chama-se cláusula de dureza, por ir contra a vontade das partes que vêm a juízo para se desvencilharem do casamento. A regra é de escancarada inconstitucionalidade, já que afronta o princípio da liberdade e da autonomia da vontade, que impera no contexto das relações familiares. O direito assegurado ao casal de dissolver o casamento não pode ser obstaculizado pela Justiça.

Quer a possibilidade de o divórcio ser levado a efeito extrajudicialmente (CPC 733), quer o fato de a EC 66/2010 ter eleito o divórcio como a única modalidade de dissolver o casamento, não há mais como falar em cláusula de dureza. Descabido admitir a possibilidade de o juiz, *ex officio*, negar o divórcio e impor a manutenção do vínculo matrimonial. Inclusive é difícil identificar quais interesses mereceriam ser tutelados a ponto de casamentos desfeitos não terem seu término chancelado pelo Estado.

No entanto, Resolução do CNJ[5] assegura ao tabelião o direito de, fundamentadamente, negar-se a lavrar a escritura caso visualize insegurança ou indícios de prejuízo quanto a um dos cônjuges.

23.4. DIVÓRCIO JUDICIAL

Até ser admitido o uso da via extrajudicial, a dissolução do casamento dependia exclusivamente da chancela do Poder Judiciário.

O uso da expressão "judicial" diz somente com a ação contenciosa. Quando mútua a vontade das partes, e o pedido é formulado de forma conjunta, chama-se o divórcio de "amigável", "consensual" ou "por mútuo consentimento". Ainda assim, a pretensão necessita ser homologada pelo juiz. Portanto, quando se fala em "divórcio judicial", se está fazendo referência à ação proposta por um cônjuge contra o outro. Anuindo o réu ao pedido, ocorre a "conversão do divórcio litigioso em consensual", o que não subtrai a demanda do âmbito judicial. Mesmo amigável, é necessária sua homologação.

É a sentença judicial que põe fim ao casamento. A ação de divórcio tem eficácia desconstitutiva, ou melhor, constitutiva negativa. Com o trânsito em julgado, os cônjuges adquirem a condição de divorciados.

23.4.1. Legitimidade extraordinária

A ação que busca a dissolução do casamento é personalíssima, sendo exigida a presença dos cônjuges no processo. Ninguém mais do que eles têm capacidade para compreender o ato da separação.[6] As partes precisam ser capazes. A partir do implemento da maioridade, a capacidade é presumida (CC 5.º). O casamento emancipa o cônjuge menor de idade (CC

5. CNJ – Resolução 35/2007.
6. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 225.

5.º parágrafo único II), não se podendo mais falar em representatividade dos ascendentes.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) resgatou a cidadania de quem não tem plena capacidade de autogerir sua pessoa e bens. A incapacidade necessita ser reconhecida judicialmente por meio do processo de curatela. Nomeado um curador, a ele cabe a representação do curatelado para todos os atos da vida civil (CPC 71). No entanto, para propor ação referente a vínculo de casamento, ou para defender cônjuge sem plena capacidade, é concedida legitimidade representativa não só ao curador, mas também aos ascendentes e aos irmãos (CC 1.576 parágrafo único e 1.582 parágrafo único). Em face da expressa referência legal, dispensável a prévia decretação da curatela para o parente representar o cônjuge incapaz.

A razão de o legislador legitimar, para as ações matrimoniais, outras pessoas para representar quem não goza da plena capacidade, justifica-se porque os cônjuges têm preferência no exercício da curatela (CC 1.775). Assim, se um é curador do outro, inquestionável o conflito de interesses em demanda referente ao casamento. Logo, para chancelar o fim do enlace conjugal, faz-se necessário assegurar a outrem legitimação extraordinária para vir a juízo em nome do incapaz.

Ninguém duvida que o curador nomeado de forma regular possa representar o interditado. Mas se o curador for o cônjuge, este não pode assisti-lo na ação. Assim, impositivo reconhecer aos parentes a condição de substitutos processuais com legitimidade para a ação, embora não sejam eles curadores constituídos.

O Ministério Público, igualmente, tem possibilidade de desempenhar tal múnus. Ainda que não tenha sido lembrado pelo legislador civil, sua legitimidade é assegurada na lei processual (CPC 178 I e II) e no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Caso um cônjuge seja o curador do outro é desnecessário o pedido de sua substituição para que parentes possam vir a juízo. A legitimidade é legal e não cabe a nomeação de novo curador. Basta a prova da limitação de ordem psíquica para justificar a presença de terceiro em juízo representando o incapaz. Dispensável os legitimados extraordinários requererem a curatela provisória.

A legitimidade excepcional para a representação do cônjuge incapaz nas ações litigiosas é de ser reconhecida também na ação consensual de dissolução do casamento. Afinal, não existe qualquer restrição legal, sendo descabida interpretação restritiva. Despropositado impedir a dissolução

consensual do casamento para impor o uso da demanda litigiosa. Injustificável condenar alguém a ficar casado por ser incapaz. A própria lei facultava tal possibilidade (CC 1.572 § 2.º), ainda que penalizasse a postura do cônjuge que intentava a ação de separação (CC 1.572 § 3.º).

De qualquer modo, sendo um dos cônjuges incapaz, o divórcio não pode ser buscado pela via extrajudicial, e o juiz não pode dispensar a audiência.

23.5. AÇÃO DE DIVÓRCIO

De ordinário a ação de divórcio é distribuída às **varas de família**. No entanto, a vítima de **violência doméstica** pode propor a ação no **Juizado da Violência Doméstica** (LMP 14-A). Como é excluída somente a partilha de bens, tal significa que outras pretensões podem ser formuladas. A possibilidade é descabida, pois somente irá congestionar ainda mais a capacidade de atendimento célere, característica maior desta especialização.

Mais coerente é tanto a autoridade policial como a judicial encaminharem a vítima ao órgão de assistência judiciária para o ajuizamento da ação, como é reiteradamente determinado pela própria lei (LMP 9.º III, 11 V e 18 II).

Ao intentar a ação de divórcio, o autor acaba formulando um feixe de pedidos, o que enseja uma **cumulação de demandas**: pretensão alimentar, fixação do direito de convivência quando existe nascituro ou filhos incapazes, partilha de bens, separação de corpos etc.[7]

Além da divergência de ritos, nem sempre em todas estas pretensões existe identidade de partes. Basta atentar ao pedido de alimentos a favor dos filhos. Eles não são partes do processo de divórcio, mas vêm a juízo – ou como autores ou como réus – buscando direito próprio. Alarga-se um dos polos da ação de divórcio. Esta cumulação que se trata de filhos incapazes é indispensável, a não ser quando as questões a eles relativas já tiverem sido objeto de apreciação judicial. Mesmo o **filho maior de idade** pode

7. Cumulação de pedidos. Possibilidade. No primeiro grau, foi determinada a emenda da inicial para excluir pedido de alimentos em prol dos filhos comuns. Descabimento. Medida que importa em verdadeiro desprestígio ao princípio da celeridade e da economia processual. Decisão que impõe às partes ingressarem com diversos processos. Inexistência de incompatibilidade de procedimentos. Precedentes do STJ e deste E. Tribunal de Justiça. [...] (TJSP – AI 2229138-33.2019.8.26.0000, 2ª C. Dir. Priv., Rel. Rosangela Telles, j. 02/04/2020).

figurar na ação de divórcio, formulando pretensão alimentar.[8] Persiste a obrigação dos pais de concorrer para sua formação.[9]

A sentença que decreta o divórcio tem eficácia constitutiva negativa, produzindo efeito a partir do trânsito em julgado. Tanto que, se as partes se **reconciliam** antes deste momento, o processo deve ser extinto.[10] Do mesmo modo, ocorrendo o **falecimento** de uma das partes, mesmo após a sentença, mas antes do trânsito em julgado, extingue-se o processo e o sobrevivente torna-se viúvo. Trata-se de ação personalíssima e, portanto, intransmissível (CPC 485 IX).

De outro lado, a sentença não tem efeito retroativo. O efeito dissolutório do decreto do divórcio não alcança o período em que as partes estavam somente separadas, quer de fato, quer de corpos, ou judicialmente.

---

8. Divórcio. Alimentos. Filha maior de idade. Legitimidade ativa. Pedidos. Cumulação. Possibilidade. [...] 2. A filha maior de idade tem legitimidade ativa para postular alimentos do seu genitor. 3. A obrigação alimentar do pai em relação aos filhos não cessa automaticamente com o advento da maioridade, a partir da qual subsiste o dever de assistência fundada no parentesco sanguíneo, devendo ser dada a oportunidade ao alimentando de comprovar a impossibilidade de prover a própria subsistência ou a necessidade da pensão por frequentar curso técnico ou universitário. Precedentes. 4. Esta Corte admite a cumulação de pedidos, desde que sejam compatíveis, que o mesmo juiz seja competente para a sua apreciação e que, em caso de procedimento diverso para cada um, seja adotado o procedimento ordinário. [...] 5. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no AREsp 970.461/RS (2016/0220501-3), 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27/02/2018).

9. Ação de divórcio. Alimentos. Filhos maiores. Binômio possibilidade-necessidade. Fixação.[...] 1. Mesmo que a maioridade dos filhos extinga os deveres inerentes ao poder familiar, mantém-se a obrigação residual de o pai concorrer para a formação deles, proporcionando-lhes condições seguras para ingressar no competitivo mercado de trabalho. 2. Cabe a ambas as partes a obrigação de prover o sustento dos filhos, devendo cada qual concorrer na medida da própria disponibilidade [...] (TJRS – AC 70082449067, 7ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 20/05/2020).

10. Divórcio. Sentença homologatória. Recurso comum. Pretensa desistência da ação. Acolhimento. Fato superveniente. Reconciliação. Extinção do processo sem resolução de mérito. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido. Possível e recomendável a homologação da desistência da ação, mesmo após a sentença de decretação do divórcio, mas antes do trânsito em julgado, quando realizada consensualmente e fulcrada em fato superveniente. Reconciliação dos interessados. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.036911-7, Rel. Des. Henry Petry Junior). "É viável juridicamente a extinção do processo por desistência da ação, após a prolação da sentença, porém precedentemente ao trânsito em julgado do ato decisório, desde que fundada em fato superveniente. Reconciliação do casal. E mediante manifestação consensual das partes." (TJSC – AC 2013.004550-9, Rel. Des. Trindade dos Santos). (TJSC – AC 0300614-22.2017.8.24.0056, 2ª C. Dir. Cív., Rel. Des. Rubens Schulz, j. 16/07/2020).

De forma desarrazoada a lei tenta emprestar efeito ao divórcio somente a partir da averbação no registro civil das pessoas naturais (LRP 29 § 1.º *a*), olvidando-se de que o registro tem efeito meramente publicitário.

A sentença precisa ser averbada no registro civil (CC 10 I e LRP 29 § 1.º *a*), devendo constar que foi feita a partilha de bens. Sob pena de um novo casamento reger-se pelo regime da separação de bens (CC 1.641 e 1.523). Se houver imóveis, também no registro imobiliário (LRP 167 II 14). Se algum dos cônjuges for empresário, para valer contra terceiros, a sentença precisa ser averbada junto ao Registro Público de Empresas Mercantis (CC 980).

23.5.1. Divórcio consensual

Quando de comum acordo os cônjuges decidem dissolver o casamento, havendo nascituro ou filhos incapazes, o divórcio precisa ser buscado por meio de ação judicial (CPC 731). Não é possível o uso da via extrajudicial (CPC 733).

O procedimento extrajudicial é facultativo, podendo as partes optar pela via judicial mesmo que não tenham filhos incapazes. O juiz não pode se recusar a homologar o pedido feito em sede judicial, quer porque a lei fala em "poder" ser realizado por escritura pública, quer porque existe a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF 5.º XXXV). Esta é a posição dominante. Porém, como há consenso entre as partes, não é possível falar em "lesão ou ameaça a direito" para ser garantido o uso da via judicial. Caberia reconhecer falta de interesse de agir a quem pretende a dissolução amigável do casamento pela via judicial, pois todos os efeitos pretendidos podem ser obtidos extrajudicialmente. Assim, deveria ser possível o indeferimento da petição inicial pelo fato de o autor carecer de interesse processual (CPC 330 III), com a consequente extinção do processo (CPC 485 VI). Afinal, está na hora de desafogar o Judiciário.

Ainda que se trate de ação personalíssima, competindo aos cônjuges o pedido de divórcio (CC 1.582), não há como negar a possibilidade de os divorciandos serem representados por procurador com poderes especiais, outorgado o mandato por escritura pública. Não é necessário sequer alegar ou comprovar a dificuldade do comparecimento à audiência. Basta invocar o art. 472 do CC: O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato. Ao depois, Resolução do Conselho Nacional de Justiça dispensa o comparecimento das partes quando da lavratura de escritura pública de divórcio consensual.[11] Nada justifica tratamento diferenciado em juízo.

11. CNJ – Resolução 35/2007.

Para a homologação do divórcio consensual é indispensável que a petição seja assinada por ambos os cônjuges, da qual deve constar (CPC 731):

I – as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;

II – as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;

III – o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e

IV – o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

Mesmo que existam filhos incapazes, é desnecessária a designação de audiência de ratificação. Basta que seja ouvido o Ministério Público.

A partilha de bens pode ocorrer depois da homologação do divórcio (CPC 731 parágrafo único). Mesmo que o divórcio tenha sido judicial, a partilha pode ser extrajudicial. Nem é preciso o uso da escritura pública. Contrato particular vale e é eficaz entre as partes, ainda que sejam partilhados bens imóveis. Só não afeta direitos de terceiros.

23.5.2. Divórcio litigioso

Apesar de todos chamarem a ação de divórcio movida por um cônjuge contra o outro de divórcio litigioso, a expressão é equivocada. É juridicamente possível a concessão do divórcio mediante simples medida liminar, enquanto tramita o procedimento para o julgamento final dos demais pedidos cumulados.[12] Trata-se do exercício de **direito potestativo** contra o qual o réu não pode se opor. Não existe lide. Ainda que exista patrimônio comum a se partilhado, tal não impede a decretação do divórcio (CC 1.581).[13]

A demanda deve obedecer ao rito das ações de família (CPC 693 a 699). Se o único objeto da ação é o divórcio, não havendo questões outras a solver, não se justifica a dispensa da contrafé e a designação de audiência (CPC 695 § 1.º).

Cabe a decretação liminar do divórcio, mediante **sentença parcial de mérito** (CPC 356), a ser levada a registro quando de seu trânsito em julgado.[14] Quanto aos demais pedidos cumulados, o juiz deve oportunizar a contestação e promover a instrução.

---

12. Pablo Stoze e Rodolfo Pamplona Filho, O divórcio na atualidade, 22.

13. STJ – Súmula 197: O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.

14. Ação de divórcio litigioso. Recurso em face de despacho que indeferiu pleito de decretação liminar do divórcio. [...] Pretensão de concessão de tutela provisória de

Como a ação de divórcio é personalíssima, os filhos do casal não são partes. Mas se forem incapazes, seus direitos serão decididos. Afinal, é indispensável definir alimentos e o regime de convivência a favor dos mesmos. E, se o filho for nascituro, faz jus a alimentos gravídicos (Lei 11.804/2008).

Nestas hipóteses, ocorre um cúmulo de demandas: divórcio dos pais; alimentos a favor dos filhos; guarda e regime de convivência. Deste modo, é indispensável que os filhos também integrem a ação de divórcio, como autores ou como réus, devendo ser representados ou assistidos pelo genitor que detém sua guarda.

Advindo a maioria do filho no curso da ação, não é necessário regulamentar sua representação. Os alimentos provisoriamente fixados em seu favor continuam devidos. Eventual pretensão revisional ou exoneratória precisa ser buscada em ação própria. De todo descabido é simplesmente revogar os alimentos provisórios, sob o fundamento de o filho não integrar a relação processual.[15]

Ainda que não tenha como se opor ao divórcio, em sede de contestação o réu pode buscar alimentos para si e a partilha de bens. Também pode pleitear alimentos e a fixação do regime de convivência com relação aos filhos incapazes. Como a ação dispõe de natureza dúplice, pedidos contrapostos não precisam ser formulados via reconvenção.

A lei admite o que passou a ser chamado de sentença parcial (CPC 356). Nada mais do que a apreciação de algumas das demandas cumuladas (ou de alguns dos pedidos, como equivocadamente diz a lei), prosseguindo

---

evidência. Art. 311, CPC. Direito potestativo. Plausibilidade demonstrada. Demora processual consistente na ausência de êxito em citar o réu que não poderá acarretar em prejuízo à demandante, que pretende contrair novo matrimônio. Contraditório que poderá ser adiado, eis que a oitiva do réu e a produção de outras provas em nada alterará a manifestação de vontade da parte interessada na dissolução da união conjugal e consequente mudança do estado civil. Precedentes jurisprudenciais. Provimento do recurso. (TJRJ – AI 00424932620198190000, 20ª C. Cív., Rel. Des. Maria da Gloria Oliveira Bandeira de Mello, j. 07/08/2019).

15. Ação de divórcio. Fixação provisória de alimentos em favor da prole. Implemento de maioridade no curso do processo. Revisão/exoneração incidental. Inadmissibilidade. Pretensão que não prescinde da ação própria. Precedentes. A análise dos documentos juntados revela que a filha dos litigantes implementou maioridade no curso da ação de divórcio na qual litigam os pais, não devendo ser conhecido o recurso no qual a alimentante pretende a revisão/exoneração do encargo, considerando que não mais subsiste no processo a situação de representação válida da prole mediante assistência do genitor. A pretensão deverá ser deduzida diretamente contra a alimentanda e em sede própria. (TJRS – AI 70080388259, 7ª C. Cív., Rel. Sandra Brisolara Medeiros, j. 21/01/2019).

a ação quanto às demais. Possível assim sucessivos julgamentos parciais. Enunciado do IBDFAM enfatiza tal possibilidade.[16] No mesmo sentido Enunciado das Jornadas da Justiça Federal.[17]

Na tentativa de obter solução consensual, deve o juiz valer-se do auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento (CPC 694). Por isso, ao despachar a inicial, aprecia o pedido de tutela provisória e determina a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação (CPC 695). A cópia da inicial não deve acompanhar o mandado de citação (CPC 695 § 1.º). Salutar medida para evitar o acirramento do estado de beligerância entre as partes.

Esta audiência não se confunde com a audiência de conciliação ou mediação que deve ser designada em todos os processos (CPC 334). Não há a possibilidade de as partes manifestarem desinteresse na composição consensual (CPC 334 § 4.º I).

Caso o réu não compareça à audiência ou não conteste a ação, ocorre a revelia, a ser decretada pelo juiz. O silêncio do réu não significa concordância com os pedidos da inicial. Gera apenas a presunção de veracidade relativa dos fatos trazidos pelo autor, o que não implica necessariamente no acolhimento integral ou mesmo parcial do pedido. São indisponíveis direitos relativos a filhos incapazes, que devem ser submetidos à criteriosa apreciação do julgador.[18]

Havendo cúmulo de demandas: divórcio, partilha de bens e alimentos, o recurso pode ter efeitos diversos. A regra é a suspensividade da apelação (CPC 1.012). Uma das exceções é a sentença que impõe o pagamento de alimentos. Tem efeito imediato ainda que sujeita a recurso (CPC 1.012 § 1.º II). Questões outras, como o direito de convivência dos filhos e a partilha

---

16. IBDFAM – Enunciado 18: Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas.
17. JCJF – Enunciado 602: Transitada em julgado a decisão concessiva do divórcio, a expedição do mandado de averbação independe do julgamento da ação originária em que persista a discussão dos aspectos decorrentes da dissolução do casamento.
18. Ação de divórcio cumulada com guarda, visitas e alimentos. Revelia. Filha menor. Análise do binômio alimentar. Partilha. 1. A revelia não implica, obrigatoriamente, aplicação da pena de confissão ficta quanto aos fatos narrados na petição inicial, considerando a natureza da matéria, envolvendo direito alimentar de menor, e a prova coligida. [...] Recurso desprovido. (TJRS – AC 70080542889, 7ª C. Cív., Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 27/02/2019).

devem ser recebidas no duplo efeito. O divórcio pode ser concedido em sede de antecipação de tutela recursal.[19]

De forma absolutamente desarrazoada, desapareceu o foro privilegiado da mulher. Assim, a competência é o do domicílio do guardião do filho incapaz, do último domicílio do casal ou do domicílio do réu (CPC 53).

Apesar de a ação de divórcio dizer com o estado matrimonial das partes, é dispensável a presença do **Ministério Público**. Somente participa se houver **interesse de incapaz** (CPC 178 II e 698) ou quando a parte é vítima de **violência doméstica** (CC 698 parágrafo único).

A ação de divórcio pode ser cumulada com pedido de alimentos a favor do cônjuge que deles necessite. Pela jurisprudência consolidada, este é o derradeiro momento para a concessão de alimentos. A alegação é que, rompido o vínculo, não mais permanece o dever de mútua assistência. Essa limitação, no entanto, não está na lei. O autor deve requerer os alimentos na inicial. Divergem os tribunais sobre a possibilidade de a pretensão alimentar do réu ser pleiteada na contestação ou via reconvenção (CPC 343).

Para requerer o reconhecimento da união estável anterior ao casamento,[20] o autor pode cumular as ações. Para o réu formular o mesmo pedido precisa fazer o uso da via reconvencional.

---

19. Ação de divórcio cumulada com oferta de alimentos. Pedido de antecipação da tutela recursal para decretação do divórcio. Possibilidade. Decisão reformada. O divórcio é um direito potestativo, podendo ser exercido por somente um dos cônjuges, de modo que desnecessário aguardar-se a angularização da relação processual para sua decretação. Ademais, com o advento da EC nº 66/2010, que alterou a redação do artigo 226 da Constituição Federal, desnecessário o transcurso de prazo pré-estabelecido ou providência judicial anterior. Recurso provido. (TJRS – AI 70075941989, 8ª Câm. Civ., Rel. José Antônio Daltoe Cezar, j. 22/03/2018).

20. Divórcio litigioso. Reconvenção. Reconhecimento de união estável. Período anterior ao casamento. Possibilidade. 1. Uma pretensão da parte ré em desfavor do autor deve ser apresentada em ação autônoma ou por intermédio de reconvenção, exceto nos casos em que prevista a possibilidade de pedido contraposto ou em ações de caráter dúplice. 2. A ação de divórcio litigioso não se reveste de natureza dúplice, ou seja, não possibilita ao réu fazer pedidos em sede de contestação, somente podendo ser feito pedido em sede de reconvenção, como ocorreu no caso em tela em que o réu pede o reconhecimento de união estável anterior ao casamento. 3. Esta Corte de Justiça vem admitindo a cumulação de pedidos referentes à partilha de bens adquiridos na constância do casamento, assim como de eventual união estável vivida entre os litigantes, mormente pelo fato de que a pretensão aduzida em reconvenção é compatível com a ação previamente ajuizada, as partes são as mesmas, o juízo é competente para conhecer de ambas as ações e o rito adotado é o ordinário, atendendo, assim, o regramento preconizado pelo art. 327, § 2º, do CPC. 4. Agravo

Não é necessário (CC 1.581), mas é de todo recomendável, que na ação fiquem solvidas as questões patrimoniais. Assim, conveniente que a inicial, venha a descrição dos bens e o autor já apresente o esboço da partilha para ser homologada com a sentença. De qualquer sorte, decretado o divórcio, prossegue a ação quanto à partilha. Como por ocasião de novo casamento é obrigatório o regime da separação legal de bens se não ocorreu a partilha do casamento anterior (CC 1.641 I e 1.523 III), indispensável que a sentença que decrete a partilha seja averbada no registro do casamento.

É possível cumular à ação de divórcio pedido de indenização por dano moral, por exemplo, na hipótese de violência doméstica. Decretado o divórcio, segue a discussão sobre a responsabilidade civil, demanda que tramita nas varas de famílias.[21]

23.5.3. Divórcio unilateral

Quando um não quer, dois não ficam casados.

É o que se chama de **direito potestativo**. No dizer de Cristiano Chaves, **direito potestativo extintivo**, uma vez que se atribui ao cônjuge o poder de, mediante simples e exclusiva declaração de vontade, modificar a situação jurídica familiar existente, projetando efeitos em sua órbita jurídica, bem como de seu consorte. Enfim, trata-se de direito que se submete apenas à vontade do cônjuge, a ele reconhecido com exclusividade e marcado pela característica da indisponibilidade como corolário da afirmação de sua dignidade.[22]

Basta a manifestação de vontade de um dos cônjuges para que seja concedido o divórcio. Por isso, proposta a ação, é salutar prática de o juiz, ao despachar a inicial, decretar o divórcio e determinar a expedição do **mandado de averbação** mesmo antes da citação do réu.[23] Afinal, pedido

---

provido, decisão reformada. (TJDF - AC 0714194-02.2017.8.07.0000, 7ª C. Cív., Rel. Gislene Pinheiro, j. 31/01/2018).

21. Flávio Tartuce, Direito Civil – Direito de Família, 342.

22. Cristiano Chaves de Farias, Redesenhando os contornos da dissolução do casamento...,115.

23. Divórcio. Decretação antecipada por decisão parcial de mérito, prosseguindo-se o feito em relação à controvertida partilha de bens. Insurgência de um dos cônjuges, sob alegação de risco de prejuízo patrimonial. Não acolhimento. Término da sociedade conjugal incontroverso nos autos, sendo o divórcio um direito potestativo do cônjuge. Aplicação do art. 356, I do CPC. Possibilidade. Existência de meios próprios, que não a manutenção do casamento, para garantir proteção patrimonial ao côn-

o divórcio por um dos cônjuges, o outro não pode se opor. Tal não ofende o princípio do contraditório, pois é admitida **sentença parcial** de mérito (CPC 356).[24]

A ação de divórcio não dispõe de causa de pedir. Não é necessário o autor declinar o fundamento do pedido. Não há defesa cabível. Culpas, responsabilidades, eventuais descumprimentos dos deveres do casamento não integram a demanda, não cabem ser alegados, discutidos e muito menos reconhecidos na sentença.

Como o cônjuge não pode se opor ao pedido de divórcio, passou a justiça a decretar o divórcio em sede liminar. Assim, ao despachar a inicial, o juiz decreta o divórcio e determina a expedição do mandado de averbação após a citação do réu. Afinal, pedido o divórcio por um dos cônjuges, o outro não pode se opor. Prática que não ofende o princípio do contraditório. Trata-se de sentença parcial de mérito (CPC 356),[25] que pode ser proferida mesmo antes da citação do réu.[26]

23.6. DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL

Há a possibilidade de a dissolução do casamento ocorrer extrajudicialmente, por pública escritura perante o tabelião (CPC 733).

---

juge em relação aos bens a serem partilhados. Decisão mantida, nos termos do art. 252 do RITJSP. Recurso improvido. (TJSP – AI 2190994-53.2020.8.26.0000, 2ª C. Dir. Priv., Rel. Alvaro Passos, j. 23/09/2020).

24. IBDFAM – Enunciado 18: Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas.

25. IBDFAM – Enunciado 18: Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas.

26. Divórcio. Decretação antecipada por decisão parcial de mérito, prosseguindo-se o feito em relação à controvertida partilha de bens. Insurgência de um dos cônjuges, sob alegação de risco de prejuízo patrimonial. Não acolhimento. Término da sociedade conjugal incontroverso nos autos, sendo o divórcio um direito potestativo do cônjuge. Aplicação do art. 356, I do CPC. Possibilidade. Existência de meios próprios, que não a manutenção do casamento, para garantir proteção patrimonial ao cônjuge em relação aos bens a serem partilhados. Decisão mantida, nos termos do art. 252 do RITJSP. Recurso improvido. (TJSP – AI 2190994-53.2020.8.26.0000, 2ª C. Dir. Priv., Rel. Alvaro Passos, j. 23/09/2020).

Quando não existe nascituro ou filhos incapazes, sendo o divórcio consensual, sua dissolução não precisa ser levada a efeito judicialmente. Aliás, deveria ser obrigatória a via administrativa. Afinal, falta interesse processual. Proposta ação judicial, deveria caber sua extinção sem resolução do mérito (CPC 485 VI). Mas, como não pode ser negado acesso à Justiça e a lei utiliza a expressão "pode", o Judiciário continua congestionado de ações.[27]

Não só o divórcio, também a **separação de corpos** consensual pode ser formalizada por escritura.

A partir do momento em que se reconheceu que o divórcio é um **direito potestativo**, ou seja, que pode ser requerido unilateralmente, de todo descabido condicionar o uso da via extrajudicial quando inexistirem filhos incapazes ou quando haja consenso do par. Ora, a discordância de um dos cônjuges não impede a concessão do divórcio. Aliás, deveria bastar a mera notificação extrajudicial, por meio do tabelionato, que daria ciência ao outro da decisão de se divorciar.

Do mesmo modo, as questões de ordem convivencial e de alimentos da prole não poderiam impedir o uso da via extrajudicial. Ao menos, deveria ser suficiente comprovar que estas questões estão solvidas[28] ou em discussão na via judicial.

Quando o pedido de divórcio é feito na modalidade **presencial**, os cônjuges podem escolher livremente o tabelionato, não havendo qualquer regra de competência. As pessoas podem comparecer em qualquer tabelionado. A única limitação é que o tabelião não pode atuar fora de sua circunscrição.

---

27. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável consensual. Inicial indeferida. Ausência de interesse processual. Descabimento. Homologação de acordo. Escritura pública. Mera faculdade. Sentença desconstituída. O art. 733 do CPC é claro ao estabelecer que o divórcio consensual, a separação consensual e ■ extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública. Contudo, trata-se de mera faculdade do casal optar pela via extrajudicial, e não uma imposição legal. Logo, não há cogitar de ausência de interesse processual dos autores em ver homologado judicialmente o acordo de dissolução de união. Apelação Provida. (TJRS – AC 0315378-49.2019.8.21.7000, 7ª C. Cív., Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 17/12/2019).

28. IBDFAM – Enunciado 22: É possível a utilização da via extrajudicial para o divórcio e dissolução da união estável, nos termos do artigo 733, do CPC/15 se, havendo consenso entre as partes, inexistir nascituro e as questões relativas às crianças e adolescentes e aos filhos não emancipados e curatelados (como guarda, convivência familiar e alimento) já tiverem definição na via judicial.

Diante da possibilidade de os atos notariais ocorrerem **virtualmente**,[29] foram estabelecidas regras de competência e territorialidade. A competência é do domicílio de qualquer das partes. Não o domicílio de seus procuradores. Trata-se de competência **absoluta** (6º), cujo descumprimento pode ensejar a nulidade do ato.[30]

O ato é totalmente *on-line*, por videoconferência. As partes precisam dispor de certificado digital, que é emitido gratuitamente pelo tabelião.

O CNJ[31] regulamentou o procedimento de divórcio extrajudicial, extrapolando várias vezes suas funções: chega praticamente a legislar, ao invés de limitar-se a normatizar. Mas tal proceder é para lá de salutar em face da inércia irresponsável do legislador.

A EC 66/10 em nada alterou as questões de natureza procedimental, seja na esfera judicial ou extrajudicial. Como a reforma constitucional eliminou a separação, esta não pode mais ser levada a efeito nem extrajudicialmente. Se o procedimento administrativo se encontrava em elaboração quando da alteração constitucional, caso os cônjuges não concordem com o divórcio, não pode o tabelião lavrar a escritura de separação. Enfáticos, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho: Se, por equívoco ou desconhecimento, após o advento da nova Emenda, um tabelião lavrar escritura de separação, esta não terá validade jurídica, por conta da supressão do instituto em nosso ordenamento, configurando nítida hipótese de nulidade absoluta do acordo por impossibilidade jurídica do objeto (art. 166, II, CC). Afirmam eles que a nulidade é absoluta em face da gravidade do vício que porta. Assim, é impugnável por qualquer interessado, pelo Ministério Público e até de ofício pelo juiz (CC 168 parágrafo único). E, em se tratando de negócio nulo, não admite confirmação, sendo imprescritível a ação para decretar-lhe a nulidade.[32]

Concede, a lei, a possibilidade do uso da via registral não havendo filhos nascituro ou filhos incapazes, o que sugere que a existência deles não autorizaria o divórcio administrativo. Esta não é a conclusão sustentada por boa parte da doutrina, que afirma, com toda razão, a possibilidade da dissolução do vínculo conjugal por pública escritura, contanto que não envolva interesses indisponíveis, ou seja, dos filhos enquanto menores ou

29. CNJ – Provimento 100/2020.
30. Priscila Agapito, Um divórcio nulo.
31. CNJ – Resolução 35/2007.
32. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, O divórcio na atualidade, 71.

incapazes.[33] Assim, solvidas judicialmente as questões referentes à convivência e alimentos, não existiria óbice para que o fim do casamento seja chancelado por tabelião. Neste sentido Enunciado aprovado nas Jornadas.[34]

Levado a efeito o divórcio, mesmo afrontando o que diz a lei, não há como reconhecer a nulidade ou anulabilidade da escritura, com o retorno das partes à condição de casadas. O que cabe é reconhecer a ineficácia das disposições referentes a temas que refogem à dissolução do casamento, como as questões referentes à prole.

Da escritura deve constar estipulações sobre pensão alimentícia, partilha dos bens, mantença do nome de casado ou retorno ao nome de solteiro. Nada sendo referido a respeito do nome, presume-se que o cônjuge que adotou o sobrenome do outro vai continuar a usá-lo. Porém, a qualquer tempo pode buscar a exclusão, diretamente junto ao registro civil, não sendo necessária a via judicial.[35] A alteração deve ser comunicada ao registro civil.

Não há necessidade do comparecimento dos cônjuges ao Cartório de Notas. Já que se trata de um negócio jurídico, possível que se façam representar por procurador com poderes específicos para o ato. Detectada a natureza negocial da extinção do casamento por escritura pública, não há como negar a possibilidade de representação privada por uma ou mesmo por ambas as partes interessadas, apenas exigida a concessão de poderes específicos e constituição por escritura pública.[36] Além disso, como para o casamento os noivos podem estar representados por procurador (CC 1.535), impositivo conceder igual faculdade quando da sua dissolução.

As partes precisam ser assistidas por advogado ou defensor público, sendo que o mesmo profissional pode representar ambos. Dispensada a presença do magistrado e a intervenção do Ministério Público, a responsabilidade do advogado redobra. Comparecendo todos ao tabelionato, não há necessidade de apresentação de instrumento de procuração, bastando que todos firmem a escritura: partes e advogados. O acompanhamento cabe ser feito pela Defensoria Pública caso as partes se declararem pobres. Nessa hipótese, os atos notariais serão gratuitos (CPC 98 § 1.º IX). A gratuidade alcança também os atos registrais civil e imobiliário.

---

33. Cristiano Chaves de Farias, O novo procedimento..., 86.

34. JCJF – Enunciado 571: Se comprovada a resolução prévia e judicial de todas as questões referentes aos filhos menores ou incapazes, o tabelião de notas poderá lavrar escrituras públicas de dissolução conjugal.

35. CNJ – Provimento 82/2019.

36. Cristiano Chaves de Farias, O novo procedimento..., 53.

Quanto ao pagamento de custas e emolumentos em favor dos notários e registradores, silenciou a lei sobre valores. Como não se justifica a cobrança tomando por base o montante do acervo patrimonial a ser partilhado, pois a extensão e o valor do patrimônio em nada alteram o custo administrativo da lavratura do ato, Resolução do CNJ impediu a cobrança de emolumentos proporcionais ao valor dos bens.[37]

Por falta de previsão legal, o tabelião não pode se negar a proceder ao registro da escritura dissolutória do casamento, pois se trata de negócio jurídico bilateral decorrente da autonomia privada, não comportando objeções ou questionamentos do Estado.[38] A recusa dá ensejo ao uso de mandado de segurança, havendo ainda a possibilidade de manejo, pela própria parte, do procedimento administrativo de dúvida (LRP 198 e 280). No entanto, a Resolução do CNJ[39] admite a possibilidade de recusa se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges, ou em caso de dúvida sobre a declaração de vontades. A recusa, deve ser fundamentada e fornecida por escrito. A negativa do notário nada mais é do que a transposição para a sede administrativa da chamada cláusula de dureza (CC 1.574 parágrafo único), que desapareceu junto com a separação.

Todas as avenças que podem ser estabelecidas no divórcio judicial podem constar da escritura de dissolução de casamento. Nada obsta a que as partes estabeleçam na escritura outros ajustes – doações recíprocas; instituição de usufruto, uso ou habitação em favor de um deles ou de terceiros; cessão de bens – ou que assumam obrigação de qualquer ordem.[40]

A obrigação alimentar estipulada na escritura de dissolução do casamento constitui título executivo extrajudicial (CPC 784 II), que enseja execução pelo rito da prisão (CPC 911).

Para quem se encontra separado judicialmente, persiste a possibilidade de restabelecer a sociedade conjugal mediante requerimento formulado nos autos da ação de separação (CC 1.577 e LD 46). Por falta de referência na lei, questionamentos surgiram sobre a possibilidade de a reconciliação ser levada a efeito pela via administrativa. A omissão não pode manter o pedido na órbita do Judiciário. Ainda que a separação tenha sido judicial – consensual ou litigiosa –, a reconciliação pode ser levada a efeito extrajudicialmente. Somente na hipótese de os cônjuges pretenderem alterar o

37. CNJ – Resolução 35/2007.
38. Cristiano Chaves de Farias, O novo procedimento..., 61.
39. CNJ – Resolução 35/2007.
40. Cristiano Chaves de Farias, O novo procedimento..., 61.

regime de bens no ato de reconciliação é imperioso que a pretensão seja deduzida na via judicial (CC 1.639 § 2.º e CPC 734).[41]

Em andamento a ação de divórcio, podem as partes optar pela forma extrajudicial. Nesta hipótese, deve haver a desistência da ação judicial. Só depois de homologada a desistência é que a escritura pode ser confeccionada. O tabelião somente deve aceitar o divórcio se as partes declararem inexistir ação judicial em tramitação, quer consensual, quer litigiosa. Claro que basta a afirmativa, não sendo necessária a juntada de certidões negativas.

A manifestação de vontade perante o notário, depois de firmada a escritura, é irretratável, mas pode ser anulada por incapacidade ou vício de vontade resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (CC 171 II). O prazo decadencial é o de quatro anos (CC 178). Como inexiste decisão judicial, não há o que falar em ação rescisória, mas em ação anulatória.

A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importâncias depositadas em instituições financeiras (CPC 733 § 1.º). Também serve perante a junta comercial, para alterações societárias e para proceder à transferência de veículos junto ao departamento de trânsito. Depois de lavrada e assinada a escritura, deve ser encaminhado o traslado ao registro civil para a devida averbação no assento de casamento e de nascimento dos ex-cônjuges.

23.7. PARTILHA DE BENS

Apesar de a lei referir e a Resolução do CNJ referendar que na escritura deva constar a descrição e a partilha dos bens comuns, não há como impor tal exigência. O Código de Processo Civil libera a partilha para momento posterior (CPC 731 parágrafo único). E o Código Civil admite o divórcio sem a prévia partilha (CC 1.581). Assim, ainda que existam bens, não precisam ser partilhados para o uso da via extrajudicial. Descabido impor o divórcio judicial pelo único fato de os cônjuges pretenderem manter indiviso o patrimônio comum.

Ainda que recomendável, não há sequer a necessidade de serem arrolados os bens. Basta a referência de que a divisão do patrimônio não será realizada. Enquanto isso, os bens ficam em estado condominial. Nada impede que sejam partilhados alguns bens, restando os demais para serem

41. Luiz Felipe Brasil Santos, Anotações acerca das separações e divórcios extrajudiciais...

divididos em momento posterior, quer por conveniência das partes, quer por inexistir consenso na partição. A partilha pode ser feita por contrato particular, mesmo quando ocorre a divisão de imóveis. Vale entre as partes e só não tem efeito perante terceiros.

Levada a efeito a divisão igualitária do acervo patrimonial, não incide imposto algum, pois a cada um caberá bem de sua propriedade. Quando há desequilíbrio na partilha, ficando um dos cônjuges com mais bens do que o outro, tal configura doação, incidindo o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doações (ITCD), que é chamado de imposto de reposição.[42] Como o Código Tributário Nacional delega aos Estados sua regulamentação, autorizando a eleição do sujeito passivo (CTN 42), alguns Estados atribuem a obrigação de pagar ao doador e outros ao donatário. Ora, não há como impor o pagamento justamente a quem supostamente doou bens. Descabido que, aquele que fica com menos patrimônio ainda seja onerado com o pagamento do imposto. Nitidamente inconstitucional atribuir o encargo ao doador, por ofender o princípio da capacidade contributiva, na medida em que é o beneficiário o titular da riqueza que está sendo tributada.

Mesmo que omita o casal a existência de bens, não há óbice a que a divisão seja levada a efeito posteriormente, ou pela via judicial (se não houver acordo de vontades) ou por meio de nova escritura de partilha de bens. Quando realizada a partilha, indispensável que a escritura seja averbada no registro do casamento. Isso porque, antes da partilha, se um dos divorciados resolver casar, é obrigatório o regime da separação legal de bens (CC 1.641 I e 1.523 III).

LEITURA COMPLEMENTAR

CASSETTARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública*. 9. ed. São Paulo: GEN/Atlas, 2018.

COSTA, Ligia Bertaggia de Almeida. *40 anos da Lei do Divórcio*: o atendimento ao princípio da liberdade e da autonomia da vontade. São Paulo: Manole, 2018.

DELGADO, Mário Luiz. Divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 639-694.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio:* Emenda Constitucional 66/2010 e o CPC. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

42. STF – Súmula 116: Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados.

FERREIRA, Cristiana Sanches Gomes. *Análise econômica do divórcio*: contributos da economia ao Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O divórcio na atualidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. Divórcio e os modelos de separação entre o Código Civil e o Código de Processo Civil de 2015. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família*: Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 297-308.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio*: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

24

UNIÃO ESTÁVEL

Sumário: 24.1. Visão histórica – **24.2.** Aspectos constitucionais – **24.3.** Legislação infraconstitucional – **24.4.** Tentativa conceitual – **24.5.** Questões terminológicas – **24.6.** Características – **24.7.** Efeitos pessoais: **24.7.1.** Estado civil; **24.7.2** Nome; **24.7.3** Impedimentos; **24.7.4.** Direitos e deveres – **24.8.** Efeitos patrimoniais: **24.8.1.** Indenização por serviços prestados; **24.8.2.** A Súmula 380; **24.8.3.** Partilha de bens; **24.8.4.** Obrigação alimentar – **24.9.** Reflexos sucessórios – **24.10.** Contrato de convivência – **24.11.** Contrato de namoro: **24.11.1.** Namoro qualificado – **24.12.** Conversão em casamento – **24.13.** Ação de reconhecimento e dissolução – **24.14.** Tutelas provisórias – Leitura complementar.

Referências legais: CR 226 § 3.º; CC 977, 1.562, 1.723 a 1.727 e 1.790; CPC 23 III, 53 I, 73 § 3.º, 189 II; 319 II, 600 parágrafo único, 620 II, 693 a 699, 731 a 734, 1.048 § 3.º; Lei 8.971/1994; Lei 9.278/1996; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP) 57 § 2.º; Lei 8.245/1991 (Lei do Inquilinato – LI) 12; Lei 13.135/2015; Lei 13.334/2017 (Lei da Migração), 55, II, letra a); CNJ – Resolução 35/2007 e Provimentos 37/2014 e 82/2019.

24.1. VISÃO HISTÓRICA

Apesar da rejeição social e do repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram. Com o propósito de proteger a família constituída pelos "sagrados laços do matrimônio," o **Código Civil de 1916** omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais. E foi além. Restou por puni-las. Tantas reprovações, contudo, não lograram coibir o surgimento de relações extramatrimoniais. Afinal, não há lei, nem do deus que for,

nem dos homens, que proíba o ser humano de buscar a felicidade. As uniões surgidas sem o selo do casamento eram rotuladas de **concubinato**, expressão altamente discriminatória. Quando de seu rompimento, pela separação ou morte de um dos companheiros, demandas começaram a bater às portas do Judiciário. Como mulher não exercia atividade remunerada e não tinha nenhuma fonte de renda, os tribunais concediam alimentos de forma "camuflada".[1] Com o nome de **indenização por serviços domésticos** talvez em compensação dos serviços de cama e mesa por ela prestados.[2] O fundamento era a inadmissibilidade do **enriquecimento sem causa**: o homem que se aproveita do trabalho e da dedicação de uma mulher não pode abandoná-la sem indenização, nem seus herdeiros podem receber herança sem desconto do que corresponderia ao ressarcimento.[3]

Em um momento posterior, na tentativa de coibir perversas injustiças, passou a Justiça a reconhecer a existência de uma **sociedade de fato**: os companheiros eram considerados "sócios", procedendo-se à divisão de "lucros", a fim de evitar que o acervo adquirido durante a vigência da "sociedade" ficasse somente com um deles. No entanto, para ensejar a divisão dos bens adquiridos na constância da união, havia necessidade da prova da efetiva contribuição financeira de cada um na constituição do patrimônio. Essa solução, inclusive, foi sumulada pelo STF.[4] Tais subterfúgios eram utilizados para justificar a partição patrimonial, evitando-se com isso o favorecimento de um dos companheiros, em claro prejuízo à mulher. Afinal, não era reconhecido conteúdo econômico às atividades domésticas. E nada mais se cogitava conceder, nem alimentos, nem direitos sucessórios.

Com o passar do tempo, as uniões extramatrimoniais acabaram por merecer a aceitação da sociedade, levando a **Constituição** a dar nova dimensão à concepção de família. O uso de um termo generalizante: **entidade familiar**. Acabou por reconhecer juridicidade às uniões constituídas pelo vínculo de afetividade. Alargou-se o conceito de família. As **uniões de fato** entre um homem e uma mulher foram reconhecidas como entidade familiar, com o nome de **união estável**. Também foram inseridos no conceito de entidade familiar os **vínculos monoparentais**: um dos pais com seus

1. Rodrigo da Cunha Pereira, Da união estável, 274.
2. Adauto Suannes, As uniões homossexuais e a L 9.278/96, 29.
3. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 263.
4. STF – Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

filhos. Relacionamentos outros, constituídos sem o selo do **casamento** passaram a merecer a especial proteção do Estado. Foi emprestada juridicidade aos enlaces extramatrimoniais até então marginalizados pela lei. Assim, o concubinato foi colocado sob regime de absoluta legalidade.[5]

A especial proteção constitucional conferida à união estável de nada ou de muito pouco serviu. Apesar de a doutrina ter afirmado o surgimento de novo sistema jurídico de aplicação imediata, não sendo mais possível falar em sociedade de fato, tal não ecoou nos tribunais. A união estável permaneceu no âmbito do **Direito das Obrigações**. Além do que já vinha sendo deferido, nenhum avanço houve. A Súmula 380 continuou a ser invocada. As demandas permaneceram nas **varas cíveis**. Também em matéria **sucessória** não houve nenhuma evolução. Persistiu a vedação de conceder herança ao companheiro sobrevivente e a negativa de dispor do direito real de habitação ou do usufruto de parte dos bens.

Houve a necessidade de serem editadas duas leis[6] para que os juízes dessem cumprimento ao comando constitucional, concedendo direitos praticamente iguais ao casamento e à união estável.

O Código Civil, no entanto, emprestou tratamento discriminatório entre duas entidades familiares que só se distinguem pela forma de constituição. Colocou o companheiro em condição desfavorável, principalmente no âmbito do direito sucessório. O cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro necessário (CC 1.845), o que não ocorreu com o companheiro. Não previu direito real de habitação para o companheiro, só para o cônjuge (CC 1.831). Para assegurar-lhe direito de moradia, a jurisprudência emprestou sobrevida à Lei 9.278/1996, que regulamento a união estável.

Mas o Supremo Tribunal Federal colocou as coisas nos trilhos. Ao reconhecer como **inconstitucional** o art. 1.790 do Código Civil, acabou com a odiosa diferenciação entre união estável e casamento – tanto heterossexual quanto homoafetiva –, no que diz com o **direito de concorrência sucessória**.[7] A decisão dispõe de repercussão geral e tem efeito vinculante.[8]

5. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 258.
6. Leis 8.971/1994 e 9.278/1996.
7. STF – RE 646.721-RG, Rel./acórdão, T. Pleno, Luís Roberto Barroso, p. 11/09/2017.
8. STF – Tema 809: No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil. (A mesma tese foi fixada para o Tema 498).

Mais do que derrogar um artigo da lei civil, o grande questionamento que surgiu foi sobre a repercussão da tese firmada. De todo descabido tentar limitar a decisão à questão da concorrência sucessória.[9] O julgamento apreciou o objeto da ação. Não poderia transbordar dos limites da demanda. No entanto, como o fundamento foi a afronta ao **princípio da igualdade**, não tem aplicação somente no que diz com a forma de divisão do patrimônio quando da morte de um dos parceiros. Espraia-se para as outras diferenciações existentes tanto no âmbito do Direito de Sucessões como no Direito das Famílias e em todas as distinções estabelecidas na legislação infraconstitucional.

Da total invisibilidade, as uniões afetivas passaram a gozar da absoluta igualdade, sem qualquer distinção com o casamento. A decisão que garante aos companheiros tratamento idêntico aos cônjuges na sucessão por morte busca valorizar o afeto e a constituição de família que marcam ambas as instituições familiares, de forma a compreender que há que se valorizar não somente as formalidades que implicam na constituição de um casamento, mas também as reais motivações para que aquele núcleo se constitua como tal. Reconhece-se, assim, a família como instrumento de desenvolvimento e promoção da dignidade de seus membros, não somente como instituição a ser protegida, preservada e legalmente regulamentada.[10]

Esta total equalização, no entanto, não afronta o **princípio da liberdade**. A pessoa é livre para viver só ou dividir a vida com alguém. Optando por ter um par, tem que assumir os ônus que decorrem do compromisso ético de mútua assistência, presente em toda e qualquer relação de afeto. Quer case, quer passe a viver em união estável. Os deveres e obrigações são as mesmas.

24.2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição, ao garantir especial proteção à família, retirou a pecha de ilegitimidade e clandestinidade que por longos anos permeou as relações familiares de fato, cuja forma de configuração decorre do exercício

---

9. JCJF – Enunciado 641: A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.
10. Magno Federici Gomes e outros. A partilha na união estável... 149.

pleno da autonomia privada. E mais: concretizou, no plano legislativo, o reconhecimento de **uniões de afeto** que sempre existiram na história da humanidade.[11] Citou algumas entidades familiares – as mais frequentes –, mas não as desigualou. Limitou-se a elencá-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado.

A nova concepção de família sem a chancela estatal provocou uma mudança de paradigma. Foi valorado o vínculo de **natureza afetiva** como seu elemento identificador. A Constituição, ao atribuir efeitos jurídicos ao **afeto**, ressaltou o **compromisso ético** aos vínculos interpessoais. Os relacionamentos extramatrimoniais migraram do Direito das Obrigações para o Direito das Famílias. No dizer de Silvana Maria Carbonera, o **afeto** ingressou no mundo jurídico, lá demarcando seu território.[12]

Paulo Lôbo sustenta que o *caput* do art. 226 da CR é **cláusula geral de inclusão**, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.[13] A esse tratamento equalizador foram fiéis as primeiras leis que regulamentaram a união estável, não estabelecendo diferenciações ou revelando preferências.[14]

Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, em face do modo de constituição, ocorreu o alargamento do conceito de família, com a **equiparação** das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção. O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e, por último, a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela uma escala de prioridade.

A recomendação de que seja facilitada a conversão da união estável em casamento, também não privilegia o casamento. Diz Barroso em seu voto. Não há formalidade para a constituição da união estável: ela decorre dos fatos da vida. É justamente nesse ponto que se pode identificar o motivo pelo qual o texto constitucional optou por facilitar a conversão da união estável em casamento. Entra em cena a questão da segurança jurídica. Conclui-se, então, que a facilitação da conversão da união estável em casamento não reflete suposta preferência hierarquizada do casamento em relação à união estável. Representa, sim, o desejo estatal de garantir maior segurança jurídica nas relações sociais. Seria mais seguro e conveniente para o sistema jurídico que todas as uniões fossem formalizadas pelo casamento.

11. Thiago Felipe Vargas Simões, Regimes de bens no..., 87.
12. Silvana Maria Carbonera, O papel jurídico do afeto..., 502.
13. Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas:..., 95.
14. Leis 8.971/1994 e 9.278/1996.

Mas uma coisa é ser mais seguro, e outra, totalmente diferente, é constituir condição para que os indivíduos sejam tratados com igual respeito e dignidade. Como decorrência lógica da inexistência de qualquer hierarquia entre as diferentes entidades familiares e do direito a igual proteção legal de todas as famílias, é inconstitucional o art. 1.790, do Código Civil, ao prever regimes sucessórios distintos para o casamento e para a união estável. Se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia estabelecer, como regra geral, regime diverso e menos protetivo para o companheiro.

A referência a "um homem e uma mulher" na definição da união estável (CR 226 § 3.º), durante muito tempo serviu de justificativa para negar às uniões de pessoas do mesmo sexo o *status* de entidade familiar. Foi necessário que o Supremo Tribunal Federal, proclamasse a existência dos mesmos e iguais direitos e deveres às uniões **homoafetivas.**[15]

24.3. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Reconhecida constitucionalmente a união estável como entidade familiar merecedora da especial proteção do estado, dita mudança de paradigma não foi recepcionada pela Justiça. Continuaram os processos tramitando nos juízos cíveis, como sociedade de fato, a ensejar somente a partição do patrimônio. Nada mais. Foi necessária a edição de duas leis para dizer o que a Constituição já afirmara.

As primeiras leis reguladoras demoraram. A **Lei 8.971/1994** exigiu o prazo de convivência de **cinco** [illegible] ou a existência de **filhos** para o reconhecimento do direito a **alimentos** e direitos **sucessórios**. O companheiro foi incluído na ordem de vocação hereditária como **herdeiro legítimo**.

A **Lei 9.278/1996** eliminou o **prazo de convivência** e admitiu como estáveis as relações entre pessoas **separadas de fato**. Fixou a **competência das varas de família** e reconheceu o **direito real de habitação**. Também a **presunção** *juris et de jure* de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência são fruto do esforço comum, afastando questionamentos sobre a efetiva participação de cada parceiro para a partilha igualitária.

O **Código Civil** incluiu a união estável no último capítulo do livro do Direito das Famílias, antes da tutela e da curatela. A justificativa é que

15. STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

o instituto somente foi reconhecido pela Constituição quando o Código já estava em elaboração. Socorre-se o legislador do casamento como parâmetro para conceder efeitos jurídicos à união estável. Limitou-se a reproduzir a definição que já existia, reconhecendo como estável (CC 1.723) *a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.*

O casamento e a união estável são merecedores da mesma e especial tutela do Estado. Todavia, em que pese a equiparação constitucional, a lei civil, de forma absolutamente inconstitucional outorgou à união estável tratamento notoriamente diferenciado. Em três escassos artigos (CC 1.723 a 1.726) disciplina os aspectos pessoais e patrimoniais. Fora do capítulo específico, outros dispositivos fazem referência à união estável. É reconhecido o vínculo de **afinidade** entre os conviventes (CC 1.595) e mantido o **poder familiar** a ambos os pais (CC 1.631), sendo que a dissolução da união não altera as relações entre pais e filhos (CC 1.632). Aos companheiros são assegurados **alimentos** (CC 1.694) e o direito de instituir **bem de família** (CC 1.711), assim como é admitido que um seja **curador** do outro (CC 1.775).

O direito dos conviventes à **adoção** está condicionado à prova da **estabilidade da família** (ECA 42 § 2.º e 197-A III). Como esta exigência não é feita aos casados, não pode ser exigida na união estável. No direito sucessório é mais flagrante a desequiparação. O cônjuge é herdeiro necessário e o companheiro sequer integra a ordem de vocação hereditária. Só o cônjuge tem assegurado direito real de habitação. Direito de concorrência sucessória é perverso para com o companheiro sobrevivente.

Apesar do desdém do legislador, não existe **hierarquia** entre casamento e união estável. O texto constitucional lhes confere a especial proteção do Estado, sendo ambos fonte geradora de família de mesmo valor jurídico, sem qualquer adjetivação discriminatória.[16] É uma afronta ao **princípio da igualdade** diferenciações entre casamento e união estável.[17]

A seu modo, o **Código de Processo Civil**, tenta eliminar estas diferenciações. Impõe que a parte indique na petição inicial se vive em união estável (CPC 319 II). Em todas as vezes que faz referência ao casamento, sempre insere a união estável (CPC 23 III, 53 I, 73 § 3.º, 189 II; 600 parágrafo único, 620 II, 1.048 § 3.º). No capítulo que trata das ações de família,

16. Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas:..., 106.

17. IBDFAM – Enunciado 3: Em face do princípio da igualdade das entidades familiares, é inconstitucional tratamento discriminatório conferido ao cônjuge e ao companheiro.

assegura rito especial à ação de reconhecimento e extinção da união estável (CPC 693). O mesmo e igual tratamento é outorgado ao divórcio e à dissolução consensual da união estável (CPC 732).

O **Estatuto da Migração** impede que seja **expulso** do Brasil o estrangeiro que viva em união estável com brasileiro. É assegurado de aqui permanecer, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente (L 13.334/2017, 55, II, letra *b*). A confusa redação do dispositivo certamente buscou garantir o direito aos casais homoafetivos. No entanto, é possível sua **extradição**, conforme já sumulou o STF.[18]

24.4. TENTATIVA CONCEITUAL

Ninguém duvida que há quase uma **simetria** entre casamento e união estável. Ambos são estruturas de convívio que têm origem em um elo afetivo. A divergência diz exclusivamente com o modo de **constituição**. Enquanto o casamento tem seu início marcado pela chancela estatal, a união estável não tem termo inicial estabelecido. Nasce da consolidação do vínculo de **convivência**, do comprometimento mútuo, do entrelaçamento de vidas e do embaralhar de patrimônios. Assim, quando a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de se ter a referência simplesmente como não escrita. Sempre que o legislador deixa de nominar a união estável frente a prerrogativas concedidas ao casamento, outorgando-lhe tratamento diferenciado, a omissão deve ser tida por inexistente, ineficaz e inconstitucional. Do mesmo modo, em todo texto em que é citado o **cônjuge** é necessário ler-se **cônjuge ou companheiro**.

O Código Civil não traz um conceito de família. Mas indica os requisitos para o reconhecimento da união estável. Foi a **Lei Maria da Penha** (Lei 11.340/2006) que definiu família como "relação íntima de afeto".

A união estável nasce da convivência, simples **fato jurídico** que evolui para a constituição de **ato jurídico**, em face dos direitos que brotam dessa relação.[19] Ou, no dizer de Paulo Lôbo, um **ato-fato jurídico**, por não necessitar de qualquer manifestação ou declaração de vontade para que produza efeitos jurídicos. Basta sua existência fática para que haja incidência

18. STF – Súmula 421: Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro.

19. Euclides de Oliveira, Impedimentos matrimoniais na união estável, 175.

das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas, convertendo-se a relação fática em relação jurídica.[20]

A equiparação constitucional e judicial, em respeito ao princípio da igualdade, refere críticas por mais que a união estável seja o espaço do não instituído, à medida que é regulamentada ganha contornos de casamento. Tudo o que está disposto sobre as uniões extramatrimoniais tem como referência a união matrimonializada. Com isso, aos poucos, vai deixando de ser uma **união livre** para se tornar em união amarrada às regras impostas pelo Estado. Rodrigo da Cunha Pereira diz que regulamentar a união estável é praticamente acabar com ela, matá-la em sua essência, que é exatamente como estar preso às regras do casamento.[21] Chama de infeliz a equiparação levada a efeito, pois tenta impor regras do casamento para quem não o escolheu, ou exatamente quis fugir dele.[22] Esse é um paradoxo com o qual é preciso aprender a conviver, pois, ao mesmo tempo em que não se quer a intervenção do Estado nas relações mais íntimas, busca-se a sua **interferência** para lhes dar legitimidade e proteger a parte economicamente mais fraca.[23] Daí a advertência de Carlos Eduardo Ruzyk: o desafio do operador do direito é fazer com que a leitura do fenômeno jurídico da união estável não se opere na perspectiva da valorização abstrata, mas das pessoas concretas que travam essas relações, de tal forma que o modelo possa ser tão só um instrumento de realização da dignidade humana, e não um fim em si mesmo.[24]

A consagração e a proteção asseguradas às entidades familiares constituem garantia constitucional. Assim, não podem sofrer quaisquer restrições na legislação ordinária. O **planejamento familiar** é assegurado em sede constitucional (CR 226 § 7.º), mas o Código Civil refere exclusivamente no capítulo que trata da eficácia do casamento (CC 1.565 § 2.º). No entanto, não há como deixar de reconhecer que alcança também a união estável.[25]

---

20. Paulo Lôbo, A concepção da união estável como ato-fato jurídico:..., 101.
21. Rodrigo da Cunha Pereira, Concubinato e união estável, 206.
22. Idem, 112.
23. Idem, União estável, 200.
24. Carlos Eduardo P. Ruzyk, União estável:..., 7.
25. JCJF – Enunciado 99: O art. 1.565, § 2º, do Código Civil não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do art. 226, *caput*, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988, ■ não revogou o disposto na Lei 9.263/96.

O casamento é uma das modalidades de **emancipação**, fazendo cessar a menoridade (CC 5.º parágrafo único II). Apesar da omissão legal, não se pode afastar a mesma eficácia quando da constituição da união estável.[26]

Ainda sobre o tema da capacidade: a pessoa com deficiência mental ou intelectual pode casar, contanto que tenha condições de expressar sua vontade (CC 1.550 § 2.º). Do mesmo modo pode manter união estável.

Não é possível sequer limitar direitos que já haviam sido consagrados em leis anteriores. A legislação infraconstitucional não pode ter alcance jurídico-social inferior ao que tinha sido estabelecido, originariamente, pelo constituinte, sob pena de se afrontar o **princípio da proibição de retrocesso social**, ocorrendo retrocesso ao estado pré-constituinte.[27]

24.5. QUESTÕES TERMINOLÓGICAS

Os termos mais usados nos textos legais para identificar os sujeitos de uma união estável são **companheiro** (Lei 8.971/1994) e **convivente** (Lei 9.278/1996). O Código Civil prefere o vocábulo **companheiro**, mas usa também a expressão **convivente**. O Código de Processo Civil usa exclusivamente a palavra **companheiro**. Do latim, *cum cubo* significa encontrar-se dentro de um cubículo, enquanto *cum pane*, que dá origem à palavra companheiro, significa comer o mesmo pão.

O vocábulo **concubinato** carrega consigo o estigma do preconceito. Historicamente, sempre traduziu relação escusa e pecaminosa, quase uma depreciação moral. Mas como diz Rodrigo da Cunha Pereira, enquanto houver desejo, sobre a face da Terra haverá quem queira e quem goste de estabelecer relações furtivas e paralelas. Muitas vezes, além de furtivas, são relações que se constituem apenas em um contato amoroso sem que daí decorram direitos e deveres ou consequências patrimoniais.[28]

No Código Civil, o termo "concubinato" é utilizado com a preocupação de diferenciá-lo da união estável (CC 1.727). Mas a referência não é feliz. Como diz Rodrigo da Cunha Pereira, mesmo comprovada a existência de um núcleo familiar, ele tem que ser negado. Não pode ser considerado uma família. É o fetichismo da lei que vale mais do que a realidade. Isso

26. Thiago Felipe Vargas Simões, A emancipação decorrente da união estável:..., 46.
27. Lenio Luiz Streck, Hermenêutica jurídica e(m) crise, 97.
28. Rodrigo da Cunha Pereira, União estável. 231.

significa que eventuais direitos daí decorrentes terão que ser extraídos no campo do direito obrigacional.[29]

Claro que a intenção era estabelecer uma distinção entre união estável e **família simultânea** (chamada doutrinariamente de **concubinato adulterino**), mas para isso faltou coragem ao legislador. A norma restou incoerente e contraditória. Parece dizer – mas não diz – que as relações paralelas não constituem união estável. A tais relações é que faz referência a lei ao autorizar a **anulação de doações** (CC 550 e 1.642 V), **suspender o encargo alimentar** (CC 1.708) e impedir que "o concubino do testador casado" seja nomeado **herdeiro ou legatário** (CC 1.801 III). Pelo jeito, a pretensão é deixar as uniões "espúrias" fora de qualquer reconhecimento e alijadas de direitos. Não há sequer remissão ao Direito das Obrigações, para que seja feita analogia com a sociedade, de fato. Nitidamente **punitiva** a postura da lei, pois condena à invisibilidade e nega proteção jurídica às relações que desaprova, sem atentar que tal exclusão pode gerar severas injustiças, dando margem ao enriquecimento indevido de um dos parceiros, certamente do homem.

A partir do momento em que a união estável ganhou *status* de entidade familiar, é injustificável o uso da expressão **sociedade de fato**, que deixa o campo do Direito das Famílias para ingressar na esfera do Direito das Obrigações, mais especificamente, na área do direito societário.[30] A simples leitura do texto legal não permite qualquer analogia entre sociedade de afeto e sociedade de fato (CC 981): *celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.* Às claras, não é esse o propósito que leva duas pessoas que mantêm relacionamento afetivo a se comprometerem mutuamente e constituírem um lar. Como bem adverte Paulo Lôbo, não há necessidade de degradar a natureza pessoal de família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo. Os conflitos decorrentes das entidades familiares explícitas ou implícitas devem ser resolvidos à luz do Direito das Famílias e não do Direito das Obrigações – tanto os direitos pessoais quanto os direitos patrimoniais e os direitos tutelares.[31]

---

29. Idem, O perverso fetichismo da lei e suas consequências no direito familiar.
30. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 193.
31. Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas:..., 101.

24.6. CARACTERÍSTICAS

A lei não define nem imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características (CC 1.723): *convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família.* Preocupa-se em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir uma família.

Apesar de a lei usar o vocábulo **público** como um dos requisitos para caracterizar a união estável, não se deve interpretá-lo nos extremos de sua significação semântica. O que a lei exige é **notoriedade**. Há uma diferença de grau, uma vez que tudo que é público é notório, mas nem tudo que é notório é público.[32] A **publicidade** da relação deve existir no meio social frequentado pelos companheiros, no intuito de afastar relacionamentos menos compromissados, em que os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de "como se casados fossem".

Ainda que não exigido decurso de **lapso temporal mínimo** para a caracterização da união estável, a relação não deve ser efêmera, circunstancial. Deve ser prolongada no tempo e sem solução de continuidade. Nesse aspecto é que reside a **durabilidade** e a **continuidade** do vínculo. Quando a união termina pelo falecimento de um dos conviventes, é necessário sopesar todos estes requisitos de forma conjunta. Pode se desprezar o lapso temporal, se presentes as demais características legais.

A intenção de **constituição de família** é pressuposta de caráter subjetivo.[33] A origem desse requisito está ligada ao fato de que as uniões extramatrimoniais não tinham acesso ao casamento. Ou seja, a intenção do par era casar, tinham por objetivo constituir uma família, o que não ocorria por impedimento legal. Assim, a proibição de formação de uma família

---

32. Zeno Veloso, União estável, 69.

33. Reconhecimento de união estável. Convivência pública, notória, duradoura e com objetivo de constituição de família. Não comprovação. 1. A Constituição da República, em seu art. 226, § 3º, conferiu nova dimensão à concepção de família, alçando a união estável à categoria de verdadeira entidade familiar, ao lado do matrimônio e das famílias monoparentais. 2. A caracterização da união estável demanda a demonstração da comunhão de vida, responsabilidades e do patrimônio do casal, além do propósito de constituir família, elementos que traduzem a estabilidade e segurança do relacionamento compatível com o verificado no casamento. 3. A proteção constitucional não alcança relações menos compromissadas, nas quais os envolvidos não assumem comportamento de "como casados fossem". (TJMG – AC 10000181381211001 MG, Rel. Carlos Roberto de Faria, j. 26/03/2019).

matrimonializada é que acabou provocando a valorização dos motivos que levaram os sujeitos a constituir uma nova família.[34]

O fato é que agora, mais do que nunca, é difícil comprovar a existência desse requisito. Até porque para um do par, a convivência se constitui em uma união estável, enquanto para o outro não passa de um namoro, agora chamado de qualificado.[35]

Com segurança, só se pode afirmar que a união estável inicia de um **vínculo afetivo**. O envolvimento mútuo acaba transbordando o limite do privado, e as duas pessoas começam a ser identificadas no meio social como um par. Com isso o relacionamento se torna uma **unidade**. A visibilidade do vínculo o faz ente autônomo merecedor da tutela jurídica como uma **entidade familiar**. O casal transforma-se em universalidade única que produz efeitos pessoais com reflexos de ordem patrimonial. Daí serem a vida em comum e a mútua assistência apontadas como seus elementos caracterizadores. Nada mais do que a prova da presença do enlaçamento de vida, do comprometimento recíproco. A exigência de notoriedade, continuidade e durabilidade da relação só serve como meio de comprovar a existência do relacionamento. Atentando a essa nova realidade o direito rotula a união como estável.

Alguns dos elementos que identificam e definem ■ união estável, perdem muito de seu significado em face da decisão do Supremo Tribunal Federal que, ao declarar a inconstitucionalidade do dispositivo que desequipara casamento e união estável no âmbito do Direito Sucessório, por afronta ao princípio da igualdade, apaga a diferença entre os dois institutos para todos os efeitos e em todos os seus aspectos.[36]

---

34. Silvana Maria Carbonera, O papel jurídico do afeto..., 502.

35. Ação de reconhecimento ■ extinção de união estável c/c partilha de bens ■ alimentos. Direito de família. União estável não comprovada. Ausência de provas do intuito de constituir família. Namoro qualificado pela coabitação. [...] 1. A união estável se configura pela convivência pública, contínua ■ duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sendo que o fato de as partes coabitarem por determinado período não induz, inexoravelmente, à configuração da união estável. 2. O que distingue a união estável de outras relações em que há afetividade, intimidade e duração prolongada no tempo é o intuito de constituir uma vida em família (*affectio societatis familiar*), assim entendida como um projeto de convivência estreita e diuturna com compartilhamento de todas as questões no âmbito social, comunitário e familiar. [...] Apelo conhecido e desprovido. Sentença mantida. (TJGO – AC 03218848320168090051, 5ª C. Cív., Rel. Olavo Junqueira de Andrade, j. 12/02/2019).

36. STF – Tema 809: No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em am-

A união se extingue pelo término do convívio, sem a necessidade de interferência estatal. A relação finda da mesma maneira como se constituiu, no mundo dos fatos.

24.7. EFEITOS PESSOAIS

O Código Civil esqueceu de atribuir à união estável muitos dos **efeitos pessoais** que irradiam do casamento. Das duas uma: ou foi uma tentativa de conferir-lhe um *status* de entidade familiar de segunda categoria ou simplesmente o legislador negligenciou ao atualizar o projeto do Código Civil que era anterior à própria Constituição.

Assim, a união estável, a par de não produzir a alteração do **estado civil** dos companheiros, não provoca a **emancipação** do companheiro menor de idade (CC 5.º). Não é atribuída a **presunção de paternidade** dos filhos nascidos na sua constância (CC 1.597). Não são razoáveis nenhuma dessas limitações. Como diz Cristiano Chaves, deixar de aplicar a presunção *pater est* aos filhos, frutos de uma união estável, afronta, a mais não poder, a norma expressa da Constituição que proíbe todo e qualquer tratamento discriminatório entre os filhos (CR 227).[37]

Do mesmo modo não está prevista a interrupção da **prescrição** na constância da união estável (CC 197 I). Ao menos pode ocorrer a prescrição aquisitiva da propriedade por abandono do lar (CC 1.240-A).

24.7.1. Estado civil

O estado civil é definido como uma qualidade pessoal. A importância de sua identificação produz reflexos em questões de ordem **pessoal** e **patrimonial**. Inclusive é indicado na qualificação da pessoa.

O marco sinalizador do estado civil sempre foi o casamento. Nem é preciso repetir que a união estável e o casamento são institutos distintos, mas as sequelas de ordem patrimonial identificam-se. Com o casamento ocorre a alteração do estado civil dos noivos, que passam à condição de casados. Já a união estável não tem um elemento objetivo definindo seu início, mas nem por isso deixa de produzir consequências jurídicas desde sua constituição. Basta lembrar que os bens adquiridos durante o período de

---

bos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil. (A mesma tese foi fixada para o Tema 498).

37. Cristiano Chaves de Farias e outros, Manual de Direito Civil, 1.266.

convívio, por presunção legal, passam a pertencer ao par. Assim, imperioso reconhecer que, a partir do momento em que uma estrutura familiar gera consequências jurídicas, se está diante de um novo estado civil.

Não definida a união estável como um estado civil, quem assim vive, não é obrigado a assim se identificar. Não falta com a verdade o convivente que se declara solteiro, separado, divorciado ou viúvo. No entanto, tal omissão não pode ocorrer em juízo. O Código de Processo Civil determina que na inicial deve ser indicado se a parte vive em união estável (CPC 319 II). Caso a omissão gere prejuízo a alguém, a parte será considerada **litigante de má-fé** por alterar a verdade dos fatos (CPC 80 II), podendo ser responsabilizada por **perdas e danos**, por alterar a verdade dos fatos (CPC 79).

Os reflexos são de ordem existencial e patrimonial. Daí a possibilidade de, no contrato de convivência, os companheiros assumirem a obrigação de se qualificarem como conviventes.

O fato é que os bens amealhados durante o relacionamento não são de propriedade exclusiva de quem os adquiriu. Surge um estado de **mancomunhão**. Desse modo, a falta de perfeita identificação da situação pessoal e patrimonial do seu titular pode gerar prejuízos a ele ou ao parceiro. Desfazendo-se o companheiro de bem adquirido durante o período da união, que esteja registrado somente em seu nome, sem a participação do par, o ato é **eficaz**. Apesar de comprometer a **meação** do parceiro, este pode buscar ressarcimento frente ao outro, mas não a desconstituição do negócio.

Finda a união pela morte de um, deve constar da certidão de óbito que vivia em união estável. O sobrevivente tem todo o direito de se identificar como **viúvo**. Desarrazoado que se intitule como solteiro ou até como casado, se eventualmente estivesse somente separado de fato, quando da constituição da união estável.

24.7.2. Nome

Qualquer nubente pode acrescentar ao seu o sobrenome do outro (CC 1.565 § 1.º). Nada diz a lei civil com relação à união estável. É a **Lei dos Registros Públicos** que autoriza a mulher a averbar o patronímico do companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios de família (LRP 57 § 2.º). Este dispositivo está em vigor. Não foi revogado expressamente e não há incompatibilidade com o Código Civil. Porém, cabe afastar as restrições e diferenciações impostas: vida em comum por no mínimo cinco anos, filhos comuns e inexistência de impedimento para o casamento. Tampouco a exigência de a ex-mulher não usar o nome do ex-marido tem razão de

ser. São restrições que, por afrontarem ao **princípio da igualdade**, não mais subsistem.

Assim, na união estável qualquer dos companheiros pode adotar o nome do outro. É imperioso admitir que, procedida à retificação do nome, o companheiro busque a alteração no **registro de nascimento dos seus filhos**, para que nele conste o sobrenome que passou a usar.[38] Essa prática, admitida quando do casamento, deve ser aceita na união estável. Afinal, a afronta ao princípio da igualdade já foi declarada inconstitucional.

24.7.3. Impedimentos

A Constituição enlaçou no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável, delegando à legislação infraconstitucional sua regulamentação. O Código Civil rege a união estável à imagem e semelhança do casamento: estabelece requisitos para seu reconhecimento (CC 1.723); gera direitos e impõe deveres entre os conviventes (CC 1.724); e tenta vetar sua constituição, socorrendo-se dos impedimentos absolutos para o casamento (CC 1.723 § 1.º). Apesar de proibido o casamento de **parentes** até o **terceiro grau** (CC 1.521 IV), o DL 3.200/1941 autoriza que aconteça mediante **autorização judicial**, devendo ser comprovado, por atestado médico, a compatibilidade genética para o casal procriar. Claro que na união estável não há como submeter sua constituição a esses requisitos. Ainda assim, a união pode ser reconhecida, se comprovados os requisitos de publicidade, durabilidade e continuidade.[39]

De maneira absolutamente descabida e até um pouco ingênua, o legislador olvida-se que os parceiros não precisam da chancela estatal para constituírem união estável. Assim, quando a lei diz (CC 1.521): *não podem*

38. CNJ – Provimento 82/2019.

39. Ação declaratória de união estável *post mortem*. Parentes colaterais. Tio e sobrinha. Possibilidade jurídica do pedido. Desconstituição da sentença. Enfrentamento do mérito. Ausência de demonstração dos requisitos do art. 1.723 do código civil. Art. 333, i, do CPC. Improcedência. 1. Caso em que a autora busca o reconhecimento do relacionamento estável alegadamente mantido com seu tio, parente colateral de terceiro grau. 2. Apesar da vedação prevista no § 1° do art. 1.723, cumulado com o inciso IV do art. 1.521, ambos do CC, possível, com base na exceção prevista no art. 2° do Decreto-Lei n° 3.200/41 (aplicável, por analogia, à união estável), o processamento da ação para enfrentamento do mérito. 3. Desconstituição da sentença, que extinguiu o feito com fundamento na impossibilidade jurídica da pretensão deduzida. (STJ – REsp 1.658.164/RS (2016/0202383-0), Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 20/02/2018).

casar, há como tornar obrigatório tal comando. É só não celebrar o casamento. Desatendida a proibição legal, o casamento é **nulo** (CC 1.548 II), podendo, a qualquer tempo, ser desconstituído por iniciativa dos interessados ou do Ministério Público (CC 1.549). Há mais. Anulado o casamento, os **efeitos da sentença** retroagem à data da sua celebração (CC 1.563), e o enlace simplesmente desaparece como se nunca tivesse existido.

Contudo, não há como fazer a união estável sumir. Dispõe a lei (CC 1.723 § 1.º): *a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521.* Ou seja, nas mesmas hipóteses em que é vedado o casamento, é proibida a união estável. No entanto, em que pese a vedação legal, se ainda assim a relação se constitui, não é possível dizer que ela não existe. O Estado não tem meios, por exemplo, de impedir a união estável de menores de 16 anos, apesar da expressa proibição do casamento antes desta idade (CC 1.520). Esta restrição acaba por empurrar o casal para a informalidade da união. E, atendidos os requisitos de ostensividade, durabilidade e publicidade, não há como impedir o seu reconhecimento.[40] Não se pode negar que a constituição de uma união estável é uma situação existencial e, tendo o menor de idade o necessário discernimento para esse ato familiar, pode ser tido como plenamente válido.[41]

Apesar das proibições legais – infelizmente – não há como coibir o estabelecimento de **uniões incestuosas** entre pai e filha ou entre dois irmãos, por mais repulsivas que sejam essas hipóteses. Da mesma maneira, impossível negar efeitos jurídicos à união entre sogro e nora; entre o ex-companheiro e a filha da ex-companheira; entre o adotante e o cônjuge do adotado; ou, ainda, entre a viúva e o assassino de seu cônjuge. Tais relações estão sujeitas à reprovação social e legal, mas nem por isso há algum meio capaz de coibir sua formação. Como existem, não há como simplesmente ignorá-las. Com ou sem impedimentos à sua constituição, entidades familiares que se constituem desfocadas do modelo oficial merecem proteção como núcleo integrante da sociedade. Formou-se uma união estável, ainda que seus membros tenham desobedecido as restrições legais. Não podem ser ignorados os efeitos dessa convivência no âmbito interno do grupo e também no plano externo, por seu indisfarçável reflexo social.[42]

---

40. JCJF – Enunciado 115: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese dos menores de 16 anos, é juridicamente relevante na concretização de situações existências ■ eles concernentes.

41. Flávio Tartuce, Direito Civil – Direito de Família, 396.

42. Euclides de Oliveira, Impedimentos matrimoniais na união estável, 191.

Cabe questionar o que fazer diante de vínculo de convivência constituído independentemente da proibição legal, e que persistiu por muitos anos, de forma pública, contínua, duradoura e, muitas vezes, com filhos. Negar-lhe a existência em face do impedimento é postura meramente punitiva. Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade gera **irresponsabilidades** e o **enriquecimento sem causa** de um em desfavor do outro. O resultado é mais do que desastroso, é perverso: nega divisão do patrimônio, desonera obrigação alimentar, exclui Direito Sucessório. Esta solução acaba é incentivando o surgimento desse tipo de união. Ora, estar à margem do direito não pode gerar benefícios. Quem vive com alguém por muitos anos, necessita dividir bens e pagar alimentos. Todavia, àquele que vive do modo que a lei desaprova, não é possível, simplesmente, eximi-lo de qualquer responsabilidade, encargo ou ônus. Quem assim age, em vez de ser punido, sai privilegiado. Não sofre qualquer sanção e acaba sendo premiado.

Diante de atitudes que desatendem às regras de convívio social e se afastam da forma de família eleita pelo Estado, é necessário adotar mecanismos de **repressão**, punindo quem ousa afastar-se dos ditames da lei. No entanto, afirmar a inexistência da entidade familiar é, muitas vezes, castigar quem nem sabia da reprovabilidade de tal agir, ou até submeteu-se a uma situação que lhe foi imposta. A negativa de extrair efeitos jurídicos de situação existente não é a solução mais adequada para atender aos mais elementares princípios da Justiça e da ética. O casamento, embora nulo, mas realizado de **boa-fé**, produz todos os efeitos jurídicos até que seja desconstituído (CC 1.561).

Considerando que o casamento e os seus ingredientes são forte paradigma na constituição da família, deve a putatividade também ser invocada e aplicada analogicamente. Em outras palavras, se no casamento putativo são concedidos os efeitos para o contraente de boa-fé, não há razões para negar a concessão de todos os efeitos à união estável.[43]

Em se tratando de união estável que afronta aos impedimentos legais, há, no mínimo, que se invocar o mesmo princípio e reconhecer a existência de **união estável putativa**.[44] Estando um ou ambos os conviventes de bo-

43. Rodrigo da Cunha Pereira, União estável, 231.

44. Recurso especial. A união estável putativa nada mais é do que uma interpretação analógica ao casamento putativo, que resguarda os efeitos conferidos ■ união estável quando um dos companheiros, agindo de boa-fé, acreditava manter um relacionamento livre de quaisquer impedimentos. Ou ainda, é aquela união em que pelo menos um dos companheiros esteja de boa-fé, ou seja, desconheça que exista algum impeditivo legal para sua caracterização. (STJ – REsp 1.741.120/RJ (2018/0113348-0) (Dec. monocrática), Rel. Lázaro Guimarães, j. 03/08/2018).

a-fé, indispensável atribuir efeitos à união, tal como ocorre no **casamento putativo**.

A lei elenca **causas suspensivas** para o casamento (CC 1.523). São causas meramente penalizadoras na esfera patrimonial, sem invalidar o ato matrimonial.[45] Essas restrições, entretanto, não são invocáveis na união estável. Não se pode falar sequer em analogia, pois descabe limitar direitos quando a lei expressamente não o faz. Assim, não existe idade mínima para a constituição de união estável (CC 1.550 I).

24.7.4. Direitos e deveres

Falar em direitos e deveres na união estável sempre leva a um cotejo com os direitos e deveres do casamento. Chama a atenção o fato de não existir paralelismo entre os direitos assegurados e os deveres impostos a cada uma das entidades familiares. Aos companheiros são estabelecidos deveres de **lealdade**, **respeito** e **assistência** (CC 1.724), enquanto no casamento os deveres são de fidelidade recíproca, vida no domicílio conjugal e mútua assistência (CC 1.566). Em comum há a obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos.

O inadimplemento do dever de assistência à mulher – quer durante a união, quer depois de seu término, em que existe obrigação alimentar – pode configurar **violência doméstica**, sob a forma de **violência patrimonial**, no âmbito da Lei Maria da Penha (7º IV). Neste sentido, Enunciado do IBDFAM.[46] Um dos deveres do casamento é a vida em comum, no domicílio conjugal (CC 1.566 II).

Na união estável, inexiste essa imposição. Nada é dito sobre o domicílio familiar. Assim, a **coabitação**: a **vida sob o mesmo teto**, não é elemento essencial para a sua configuração.[47] Aliás, não era exigida sequer para o

45. Euclides de Oliveira, Impedimentos matrimoniais na união estável, 190.

46. IBFAM – Enunciado 20: O alimentante que, dispondo de recursos econômicos, adota subterfúgios para não pagar ou para retardar o pagamento de verba alimentar, incorre na conduta descrita no art. 7º, inc. IV, da Lei nº 11.340/2006 (violência patrimonial).

47. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Ausência de coabitação durante todo o período da convivência. Prescindibilidade. Preenchimento dos requisitos da união estável. *Animus* de constituir família [...] 1 – Segundo o STF, não há a necessidade de convivência mínima, como por exemplo, por período igual ou superior a 5 anos, tampouco a coabitação sob o mesmo teto ou mesmo a existência de filhos na relação. O requisito fundamental para caracterizar a união estável é

reconhecimento do concubinato. Súmula do STF dispensa a vida *more uxorio* dos concubinos.[48] Ainda que tenha sido editada para interpretar a palavra "concubinato" para fins de investigação de paternidade, restou por cunhar um conceito, que cabe ser estendido à união estável. Também no âmbito da **violência doméstica**, a ausência de coabitação não impede seu reconhecimento.[49] Apesar da ausência da imposição de moradia única, a jurisprudência resiste em reconhecer o relacionamento quando o par não vive em um único lar, sem que existam justificativas para a mantença de residências diferentes.

Não se atina o motivo de ter o legislador substituído **fidelidade** por **lealdade**. Como na união estável é imposto tão só o dever de lealdade, pelo jeito inexiste a obrigação de ser fiel. E, se os companheiros não têm o dever de serem fiéis nem de viverem juntos, a mantença de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas. Assim, nada impede o reconhecimento de **vínculos simultâneos**. A jurisprudência, no entanto, ainda reluta em admitir esta realidade que existe e sempre existiu. Não tendo como fazê-las desaparecer, acaba-se apelando para a surrada analogia com a **sociedade de fato**, fórmula que durante décadas serviu de justificativa para retirar as uniões extramatrimoniais do âmbito do Direito das Famílias.

Outra justificativa para a ausência de simetria entre casamento e união estável – no que diz com o dever de fidelidade do cônjuge e de lealdade do companheiro – é a **presunção *pater est***, existente frente ao cônjuge, mas com referência ao companheiro. Ou seja, presume a lei que o filho de uma mulher casada, é filho do marido (CC 1.597), sem questionar se o casal mantinha vida em comum à data da concepção. Ora, imperioso admitir a mesma verdade quando os pais vivem em união estável. Cabe figurar a hipótese de falecimento do pai antes do registro do filho de sua companheira. De todo descabido exigir que o filho, representado pela mãe, proponha **ação declaratória de paternidade** contra a sucessão de seu genitor, cuja inventariante é a companheira. A situação chega às raias do absurdo. Já que a mulher não pode ocupar os dois polos da ação – representando o

que haja vida more uxório. Este termo é derivado do latim ■ seu significado etimológico é: segundo os costumes matrimoniais, como marido ■ mulher. (TJMT – AC 10106375720188110041, 2ª C. Dir. Priv., Rel. Clarice Claudino da Silva, j. 12/08/2020).

48. STF – Súmula 382: A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato.

49. STJ – Súmula 600: Para ■ configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5.º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige ■ coabitação entre autor e vítima.

filho como autor e o espólio como réu –, seria necessária a nomeação de um curador ao filho. Para não afrontar o princípio da igualdade, ou se estende a presunção de paternidade à união estável, ou se elimina de vez essa bobagem também no casamento.

Afinal, a presunção é de **fidelidade**, dever que só é imposto a esposa. Só que o descumprimento deste dever não afeta a existência, a validade nem a eficácia do casamento. O surgimento do DNA acaba de vez com a necessidade de se atribuir vínculos parentais por meio de presunções.

24.8. EFEITOS PATRIMONIAIS

Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, gera um quase casamento na identificação de seus efeitos.[50]

Quanto aos **efeitos patrimoniais**, as regras referentes ao casamento e à união estável são praticamente idênticas.

Antes do **casamento**, os noivos têm a liberdade de escolher o regime de bens por meio de **pacto antenupcial** (CC 1.639). Na **união estável**, os conviventes têm a faculdade de firmar **contrato de convivência** (CC 1.725), estipulando quando desejarem, o que quiserem.[51] Inclusive negócios jurídicos processuais.[52] Para que a avença tenha eficácia **perante terceiros** é indispensável promover ao registro da união no Livro "E" do Cartório do Registro Civil.[53]

Eleito o regime da **comunhão universal**, as restrições impostas aos cônjuges, como o de contratarem sociedade entre si (CC 977), se estendem aos companheiros.[54]

Quedando-se em silêncio tanto os noivos (CC 1.640) como os conviventes (CC 1.725), a escolha é feita pela lei: incide o regime da **comunhão parcial** (CC 1.658 a 1.666). No **regime da comunhão parcial**, todos os

---

50. Francisco José Cahali, Contrato de convivência na união estável, 7.
51. IBDFAM – Enunciado 30: Nos casos de eleição de regime de bens diverso do legal na união estável, é necessário contrato escrito, a fim de assegurar eficácia perante terceiros.
52. IBDFAM – Enunciado 24: Em pacto antenupcial ou contrato de convivência podem ser celebrados negócios jurídicos processuais.
53. CNJ – Provimento 37/2014.
54. JCJF – Enunciado 94: A vedação da sociedade entre cônjuges contida no artigo 977 do Código Civil não se aplica às sociedades anônimas, em comandita por ações e cooperativa.

bens amealhados durante o relacionamento são considerados fruto do esforço comum. Presume-se que foram adquiridos por colaboração mútua, passando a pertencer a ambos em parte iguais. Instala-se o que é chamado de **mancomunhão**: propriedade em mão comum. Adquirido o bem por um, transforma-se em **propriedade comum**, devendo ser partilhado, por metade, quando da dissolução do vínculo. Portanto, quem vive em união estável e adquire algum bem, ainda que em nome próprio, não é o seu titular exclusivo. O fato de o patrimônio figurar como de propriedade de um, não afasta a cotitularidade do outro.[55] Trata-se de presunção *juris et de jure*, isto é, não admite prova em contrário, ressalvadas as exceções legais de incomunicabilidade (CC 1.659 e 1.661): bens recebidos por herança, por doação ou mediante sub-rogação legal. Aquele que quiser livrar da divisão determinado bem adquirido durante o período de convívio, cabe a prova de alguma das exceções legais. Em face da **presunção de comunicabilidade**, incumbe a quem alega comprovar situação que exclui o patrimônio da partilha.

O direito de propriedade resta fracionado em decorrência do **condomínio** que surge *ex vi legis* (por força de lei). Logo, o titular nominal do domínio não pode aliená-lo, pois se trata de **bem comum**. É necessária a concordância do cônjuge ou do companheiro. A constituição da união estável leva à perda da **disponibilidade** dos bens adquiridos, revelando-se indispensável a expressa manifestação de ambos os proprietários para o aperfeiçoamento de todo e qualquer ato de disposição do patrimônio comum.

A lei estabelece a necessidade da **outorga uxória** entre os cônjuges para a prática de atos que possam comprometer o patrimônio comum (CC 1.647). Na união estável, nada é referido. Em face da omissão do legislador, a posição do STJ é não exigir o consentimento do companheiro para a concessão de **fiança** ou **aval** e a realização de **doações**.[56] No entanto,

55. JCJF – Enunciado 115: Há presunção de comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens.

56. Agravo em recurso especial. Toda ■ qualquer diferença entre casamento ■ união estável deve ser analisada ■ partir da dupla concepção do que seja casamento – por um lado, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma entidade familiar, dentre várias outras protegidas pela Constituição. 3. Assim, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável – também uma entidade familiar –, porquanto não há famílias timbradas como de "segunda classe" pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal

reconhecido pelo STF a inconstitucionalidade de tratamento diferenciado entre união estável e casamento, por afronta ao **princípio da igualdade**,[57] das umas uma: ou se atribui à união estável as mesmas garantias do casamento, ou elas deixam de ser aplicadas a ambos os institutos.

Desse modo, reconhecida a **validade** do ato praticado sem a vênia do par, acaba comprometida a **meação** do parceiro que não pode se insurgir contra o adquirente e nem pedir a anulação do negócio. Dispõe exclusivamente de **direito indenizatório** a ser buscado contra o companheiro. A justificativa é que não há qualquer determinação obrigando o **registro** em nome de ambos os conviventes. Assim, escriturado imóvel em nome de somente um deles, o documento público é válido. Não encerra nenhum vício. Tampouco há quebra da continuidade registral, o que dificulta o encontro de uma justificativa para a anulação do negócio. Quem adquire o bem não pode ser prejudicado, pois há que se prestigiar tanto a **boa-fé** do adquirente como a veracidade do registro público.[58] Como o sistema jurídico tutela o interesse do terceiro para garantir a segurança do tráfico jurídico, é valorizada a **publicidade registral**.

No entanto, o CPC estende à união estável a rega que exige o consentimento do cônjuge para propor ação real que verse sobre **direito real imobiliário** (CPC 73 § 3.º).

Em relação à **penhora**, apesar do silêncio da lei, as mesmas exigências feitas aos cônjuges devem existir na união estável. Recaindo a penhora sobre bem imóvel, é indispensável a **intimação** do companheiro do executado (CPC 842). Da mesma forma, incidindo sobre bem indivisível, a **meação**

---

e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento – ato jurídico – e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica. 4. A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança. 5. Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula nº 332/STJ à união estável. (STJ – AREsp 1.040.971/SP (2017/0005119-2) (Dec. monocrática), Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/04/2020).

57. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

58. Wania Triginelli, A interface entre o direito de família..., 680.

do companheiro alheio à execução recai sobre o produto da alienação do bem (CPC 843), o que não obsta o uso de **embargos de terceiro** (CPC 674 a 680).

Reconhecida a união estável como entidade familiar, necessário impor as mesmas limitações para salvaguardar o patrimônio do casal e proteger terceiros de boa-fé. Daí a possibilidade de a sentença que reconhece a união ou a escritura pública firmada pelos conviventes serem registradas no Livro "E" do Cartório do Registro Civil.[59]

Desse modo, à união estável cabe aplicar a Súmula do STJ[60] que proclama a ineficácia total da fiança prestada por somente um do par.

Não reconhecida a existência da união estável, mas comprovada a **aquisição** de algum bem durante o período em que o relacionamento perdurou, dispõe o convivente de **direito indenizatório** correspondente à metade do seu valor, como sociedade de fato. Basta que a convivência tenha levado ao embaralhamento de patrimônios. Independentemente do nome de quem conste como adquirente do bem, a divisão se impõe, a não ser que fique comprovada eventual **sub-rogação** ou outra causa de incomunicabilidade patrimonial.

A união estável e os seus efeitos patrimoniais findam pela cessação da vida em comum. Dispensável a chancela judicial para a sua extinção. Este é o momento em que termina tanto a união como o regime de bens. Adquiridos bens de forma **parcelada** ou através de **financiamento**, a fração paga durante o período da união deve ser partilhada. O cálculo é feito considerando a **percentagem do imóvel quitado** durante a vida em comum e não o valor nominal das prestações pagas.

Presumem-se adquiridos, durante a vida em comum, os **bens móveis** existentes à época da dissolução da união, salvo prova em sentido contrário (CC 1.662).

Um dos efeitos do casamento é impedir o decurso do prazo da **prescrição** entre os cônjuges (CC 197 I). Imperioso reconhecer que a regra se aplica também à união estável. Ou seja, durante o período de convívio não corre a prescrição entre os conviventes.

Falando em prescrição, cabe questionar: qual o prazo para a busca do reconhecimento da união estável? Como se trata de uma ação de estado,

---

59. CNJ – Provimento 37/2014.

60. STJ – Súmula 332: A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.

a busca de reconhecimento é **imprescritível**. No entanto, os efeitos patrimoniais, prescrevem no prazo de 10 anos (CC 177).

Havia uma circunstância que talvez fizesse a união estável mais vantajosa do que o casamento: quando um, ou ambos, têm mais de 70 anos. Para quem casar depois dessa idade, o casamento não gera efeitos patrimoniais. É o que diz a lei (CC 1.641 II), ao impor o **regime da separação obrigatória de bens**. Como essa limitação não existe na união estável, não cabe interpretação analógica para restringir direitos. No entanto, a jurisprudência é unânime em estender igual restrição à união estável.[61]

Ocorrida a **locação** de bem no período de convívio, o vínculo locatício persiste com relação a quem permanece no imóvel, ainda que ele não tenha sido o firmatário do contrato (Lei 8.245/1991 art. 12).

24.8.1. Partilha de bens

Na ausência de contrato de convivência elegendo o regime de bens, incide o regime da **comunhão parcial de bens** (CC 1.725). Em face da presunção de mútua assistência, é dispensada a **prova do esforço individual** para a divisão igualitária do patrimônio adquirido durante a união. O fato de os bens se encontrarem na titularidade de um ou do outro companheiro não afasta sua comunicabilidade.[62] Não só os bens, também

---

61. Ação de inventário. União estável. Sexagenário. Regime de bens. Separação obrigatória. Regime sucessório idêntico ao do casamento. A união estável mantida com sexagenário, iniciada na vigência do Código Civil de 1916, sujeita-se ao regime da separação obrigatória de bens. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema nº 809, reconheceu a inconstitucionalidade da distinção dos regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no artigo 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento, quanto nas de união estável, o regime do artigo 1.829 do CC/2002. Hipótese em que a companheira será meeira dos bens comuns (Súmula nº 377, STF), mas não participará da sucessão dos bens particulares do falecido. Recurso conhecido e provido em parte. (TJMG – AI 10024150070282002, Rel. Albergaria Costa, j. 28/02/2019).

62. União estável. Bens e direitos em nome do companheiro (convivente). Equiparação à figura do cônjuge. Possibilidade. [...] 2. Mandado de segurança impetrado contra ato que estendeu à figura da convivente/companheira (união estável) a determinação de que, na hipótese de formalização de crédito tributário contra pessoa física, o arrolamento deve identificar, inclusive, os bens e direitos (não gravados com a cláusula de incomunicabilidade) do cônjuge. [...] 5. A dinâmica da realidade social exige do intérprete da norma a constante adequação entre o texto da lei e a realidade dos fatos para garantir que as relações jurídicas originadas ou decorrentes da união estável produzam resultados iguais ou semelhantes às situações análogas derivadas do casamento. 6. Não se pode, por outro lado, vislumbrar a equiparação entre cônjuge

as **benfeitorias** realizadas em imóvel particular de um dos companheiros merecem ser partilhadas.[63]

No regime da **separação legal de bens**, que vem sendo aplicado à união estável, se dividem os bens adquiridos durante o período de convívio, em face da Súmula 377.[64] No entanto, de forma surpreendente, passou o STJ a exigir a prova do esforço comum para assegurar a meação sobre os **frutos**.[65] A tendência revela a intenção de revogar a indigitada súmula.

Quando do fim da união, os companheiros podem solver as **questões patrimoniais** sem interferência da Justiça, mesmo que tenham sido adquiridos **bens imóveis**. Na hipótese de haver consenso sobre a divisão dos bens, se no título de propriedade o adquirente se qualificou como vivendo em união estável, é possível realizar a **partilha extrajudicial**. Caso contrário, nem isso é necessário.

Como não há a necessidade da intervenção estatal para sacralizar o fim da união estável – mesmo que existam filhos incapazes – pode o casal se limitar a proceder à partilha de bens imóveis, que pode ser levada a efeito por **escritura pública**. A partilha não dispõe de eficácia perante terceiros, mas é válida e eficaz perante as partes.

---

e companheiro apenas na seara dos direitos, mas também na dos deveres, sob pena de ganhar força a tese de que ao primeiro (o cônjuge) restrições são impostas e ao segundo (o companheiro) isso não acontece, quando deveria ocorrer (se ele é equiparado àquele no tocante aos direitos). 7. A expressão cônjuge constante do § 1.º do art. 64 da Lei nº 9.532/1997 deve ser interpretada em sua acepção mais ampla, incluindo, para fins de arrolamento de bens, também a figura do companheiro. (STJ – AREsp 249.923/SC (2012/0230515-3), 1ª T., Rel. Min Gurgel de Faria, j. 09/06/2020).

63. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Reformas e melhorias realizadas, na constância da união estável, em bem imóvel particular de um dos companheiros. Partilha da valorização decorrente das reformas. Sendo incontroverso que, durante a união estável havida entre os litigantes, foram realizadas reformas e melhorias no bem particular de um dos companheiros, daí decorrendo valorização do imóvel, é correta a partilha igualitária entre os companheiros do valor correspondente a esta valorização, a teor do disposto no art. 1.660, inc. IV, do Código Civil. Recurso provido. (TJRS – AC 70083071878, 7ª C. Cív., Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 25/10/2019).

64. STF – Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

65. Recurso especial. Dissolução de união estável. Partilha de bens. Companheiro sexagenário. Súmula 377 do STF. Bens adquiridos na constância da união estável que devem ser partilhados de forma igualitária. Necessidade de demonstração do esforço comum dos companheiros para legitimar a divisão. (STJ – REsp 1.653.890/MG (2017/0030582-1), Rel. Min. Lázaro Guimarães, p. 02/04/2018).

Havendo litígio, normalmente é acionado o Judiciário, por aquele que não está na posse do patrimônio. O objeto da ação é a identificação do período de convívio e a partição dos bens comuns. Nada justifica limitar-se a sentença afirmar a dissolução de algo já dissolvido e sujeitar as partes a outra demanda para a realização da partilha. A dilação probatória deve ser levada a efeito na mesma ação para dar ensejo a uma única sentença.

De todo viciosa a prática que vem se consolidando de delegar à fase de **liquidação da sentença** a própria identificação dos bens. Muitas vezes, inclusive, a **partilha** é relegada a nova ação pelo rito do inventário (CPC 610 a 673). Com esses desdobramentos, praticamente são geradas mais duas demandas, que exigem dilação probatória, o que acaba perpetuando a presença das partes em juízo.

Melhor atende ao interesse de todos que em única demanda já fiquem solvidas todas as questões: a definição do termo inicial e final da união estável; a identificação do acervo patrimonial comum; e a sua divisão. Somente quando há questões outras, cabe a delegação de alguns pontos para outras ações, como, por exemplo, a apuração dos haveres de sociedade comercial que não pertence exclusivamente às partes.

Assim, na inicial, o autor deve descrever os bens e já formular sua **proposta de partilha**. A sentença, além de extremar o período de vigência da união estável, define e divide os bens comuns. Há a possibilidade de ser buscada a **desconsideração da personalidade jurídica** - quer direta, quer inversa (CC 50 e CPC 133 a 137). No entanto, é necessária a prova da ocorrência de **dolo** para serem buscados bens de sócios eventualmente escondidos em entes societários. Ou bens da sociedade em nome de terceiros, com o intuito de desviar patrimônio.

O **prazo prescricional** para o companheiro que restou lesado de buscar a desconstituição da **doação**, realizada sem sua autorização, é de dois anos a contar do fim da união, em paralelismo com a norma do casamento.

24.8.2. Obrigação alimentar

Tanto os companheiros, quanto os cônjuges têm direito de pedir os alimentos de que necessitem (CC 1.694). Com o fim da separação, o tema da **culpa** desapareceu. Os dispositivos legais que limitavam o valor dos alimentos a favor do cônjuge **culpado** restaram derrogados (CC 1.702 e 1.704).

Para o companheiro propor ação de alimentos (Lei 5.478/1968), precisa dispor de **prova pré-constituída** da união ou indícios que levem ao reconhecimento de sua existência. Caso contrário, inviável o uso da ação especial que exige a exibição do vínculo obrigacional.

Na ausência de tal prova, somente é possível o uso da ação de rito ordinário. No entanto, em face da possibilidade de concessão de **tutela de urgência** (CPC 300), basta a prova que convença da verossimilhança do direito, para que sejam postulados alimentos, a título provisório, eis que é possível a antecipação dos efeitos condenatórios e executivos de eventual sentença de procedência.[66]

A solução é intentar ação de reconhecimento de união estável cumulada com ação de alimentos. Havendo indícios da existência da união, bem como a comprovação da possibilidade de um e a necessidade do outro, cabe a concessão de alimentos provisórios. Ainda que os alimentos sejam fixados exclusivamente na sentença, depois de seu trânsito em julgado, os alimentos têm **efeito retroativo** à data de citação (LA art. 13 § 2.º).

O **recurso** que ataca a sentença de dissolução da união deve ser recebido em ambos os efeitos. Tendo havido a condenação em alimentos, apesar do que diz a lei (CPC 1.012 § 1.º II e LA 14), há muito está consolidada a jurisprudência no sentido de deferir efeito também suspensivo à apelação, quer tenha ela concedido, aumentado, diminuído ou excluído os alimentos.

Como os alimentos são **irrenunciáveis** (CC 1.707), não é possível no contrato de convivência haver prévia dispensa deste direito.[67] A obrigação alimentar não se restringe somente entre os companheiros. Solvida a união, persiste o **vínculo de afinidade** em linha reta do companheiro com os pais e os filhos do outro (CC 1.595 § 2.º). Ou seja, a afinidade gera **relação de parentesco** que se perpetua depois do fim da união. Como os parentes têm obrigação alimentar (CC 1.694), tanto o ex-companheiro pode pedir alimentos ao ex-sogro, como este pode pedir alimentos àquele. A tese é nova, difícil de ser aceita, mas que é defensável, é.

24.9. REFLEXOS SUCESSÓRIOS

É em sede do **Direito Sucessório** que a lei civil promove flagrante tratamento discriminatório à união estável.

---

66. Sérgio Gilberto Porto, Doutrina e prática dos alimentos, 70.

67. Alimentos entre ex-companheiros. Nulidade de renúncia. [...] Nos contratos de convivência de união estável, realizados no curso da união, é nula a cláusula de renúncia aos alimentos, pois equivale ao afastamento ao dever de mútua assistência, o qual não é disponível. Precedentes. Mantida a sentença que reconheceu a nulidade de renúncia ao direito de alimentos, no curso da união estável. [...] (TJRS – AC 70076483700 RS, 8ª C. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 28/06/2018).

O cônjuge é herdeiro necessário e o companheiro não integra a ordem de vocação hereditária. Quanto ao direito de **concorrência** sucessória são estabelecidas diferenciações ainda mais absurdas (CC 1.790). Foram estabelecidas diferenciações que não existiam na legislação que regulava a união estável, dando ao companheiro direitos sucessórios bem inferiores aos concedidos ao viúvo. A começar pela **base de cálculo** do quinhão subtraído dos descendentes. No casamento, sua concessão está condicionada ao regime de bens. Na união estável não. Concorrendo com os descendentes, o viúvo recebe uma fração dos bens particulares do falecido (CC 1.928 I). Patrimônio que não auxiliou a amealhar. Na união estável o companheiro sobrevivente percebe fração dos bens adquiridos onerosamente durante o período de convivência. Mais. O viúvo tem a garantia de um quarto dos bens, independentemente do número de herdeiros. Na concorrência com os colaterais até o quarto grau (sobrinhos-netos, tios-avôs ou primos), a lei confere ao companheiro somente um terço da herança. O companheiro somente tem direito à herança quando inexistirem herdeiros.

Levou mais de 15 anos para o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC,[68] invocando os princípios da dignidade humana, da igualdade e da proporcionalidade, decorrente da vedação de proteção deficiente e de retrocesso social. Para estabelecer a paridade, determinou a aplicação do regime de concorrência estabelecido para o casamento (C 1.928).

Como o objeto da ação era o regime de concorrência, a decisão estava circunscrita a este tema. No entanto, como foram invocados, como fundamento que afronta a um punhado de direitos constitucionais, é imperioso reconhecer que todas as diferenciações acabaram.

Assim, quanto o cônjuge como o companheiro são **herdeiros necessários**, figurando em terceiro lugar na **ordem de vocação hereditária** (CC 1.845). O parceiro sobrevivente passa a ter a garantia da quarta parte da herança, **quota mínima** assegurada ao cônjuge sobrevivo se concorrer com os filhos comuns (CC 1.832). O mesmo se diga quanto ao **direito real de habitação**. Como é previsto somente a favor cônjuge (CC 1.831), havia a necessidade de a jurisprudência ressuscitar a Lei 9.278/1996, para assegurar o direito à moradia ao companheiro.

68. STF – Tema 809: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

24.9.1. Indenização por serviços prestados

A indenização por serviços domésticos era um subterfúgio – aliás, nitidamente depreciativo – utilizada pela jurisprudência quando as uniões extramatrimoniais não tinham assento constitucional e eram nominadas de **concubinato**. Assim, em vez de conceder alimentos, fazia-se analogia com o **direito do trabalho** e indenizava-se o afeto como se fosse prestação laboral. Findo o período de convívio, encontrando-se a mulher fora do mercado de trabalho e sem condições de prover sua subsistência, para evitar que se quedasse em situação de absoluta miserabilidade, remuneravam-se os anos de dedicação ao parceiro e ao lar, deferindo-lhe indenização por serviços prestados.

Esse expediente, largamente utilizado antes do reconhecimento da união estável como entidade familiar, hoje não tem mais sentido. Ao menos até o advento da lei que primeiro regulamentou as questões patrimoniais da união estável (Lei 8.971/1994).[69] A partir do momento em que houve a imposição do dever de mútua assistência e foi garantido o direito a alimentos, não se pode mais falar em indenização por serviços prestados. Ao depois, como no casamento inexiste o direito a essa espécie de remuneração pelos anos dedicados à atividade doméstica, não cabe sua concessão na união estável. Afinal, ambas são entidades de igual *status* e merecedoras da mesma tutela. Não se paga nem se compensa o grau de dedicação entre pessoas que se entregam a um relacionamento amoroso.

Em face do repúdio do legislador (CC 1.727) e da própria jurisprudência em reconhecer a existência de **famílias simultâneas**, excluindo-as do âmbito do Direito das Famílias, imperativo garantir a sobrevivência

69. União estável. Ação de indenização por serviços prestados. Sentença de improcedência. Relação que teve início na primeira metade da década de 1980 e terminou após a data de entrada em vigor da lei nº 8.971/94. Jurisprudência do STJ no sentido de que a indenização por serviços domésticos prestados só pode ser concedida na hipótese de relacionamentos constituídos e desfeitos antes da lei nº 8.971/94, Primeiro diploma legal infraconstitucional que previu ao companheiro em união estável o direito a alimentos e partilha de bens. Incompatibilidade da prestação de serviços com o instituto da união familiar. A união estável é assentada na mútua assistência, na qual o apoio afetivo e material convergem para a vida em comunhão, não sendo viável discriminar objetivamente a dedicação e entrega de cada parte. Tese firmada no STJ consolidando o entendimento de que não é possível pleitear indenização por serviços domésticos prestados com o fim da união estável ou o cessar do concubinato, sob pena de grave discriminação frente ao casamento. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. (TJBA – AC 00105994020008050080, 4ª C. Cív., Rel. Roberto Maynard Frank, p. 11/06/2019).

de quem dedicou a vida a alguém que não lhe foi leal, mantendo paralelamente outro relacionamento. As mulheres são as grandes vítimas, pois geralmente apenas homens conseguem a façanha de manter duas famílias ao mesmo tempo.

Como vem sendo rejeitada a concessão de alimentos, para evitar o enriquecimento injustificado do varão, e para não permitir que se livre sem responsabilidade alguma, o jeito é impor-lhe obrigação de **indenizar serviços domésticos**. Esse é o recurso que vem sendo utilizado para impedir que a companheira acabe sem meios de sobreviver, depois de anos de dedicação. Por mais que tal espécie de indenização seja alvo de críticas pelo seu caráter aviltante, a quem deu amor que seja ao menos remunerado o seu labor. É a única saída, ainda que pouco digna. Chega de premiar os homens por sua infidelidade! Mas esta não é a leitura do STJ que sistemática e reiteradamente nada concede à mulher pelo fato de o homem manter relacionamentos concomitantes.

24.9.2. A Súmula 380

À época em que as relações extramatrimoniais eram nominadas de **concubinato** e tratadas como **sociedade de fato**, o STF admitia a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.[70] Mesmo depois de a união estável merecer reconhecimento constitucional, a súmula continuou a ser invocada. Somente começou a perder prestígio quando a legislação infraconstitucional (Lei 9.278/1996) considerou os bens adquiridos por um ou ambos os conviventes como fruto do trabalho e da colaboração comum. Por **presunção legal**, foi imposto o condomínio do patrimônio amealhado durante o período de convívio, passando a pertencer aos conviventes em partes iguais, a dar ensejo à partição igualitária. Como o Código Civil também deixou clara a aplicação do regime da comunhão parcial de bens na união estável (CC 1.725), imperioso reconhecer que o enunciado restou revogado.

Mas, já que boa parte da doutrina e a jurisprudência majoritária insistem em não reconhecer as **famílias simultâneas**, a forma de impedir o enriquecimento injustificado é continuar invocando a indigitada súmula. Ver tais relacionamentos como meras **sociedades de fato**, é negar que se originaram em um elo de afetividade. Reconhecê-los como uma sociedade

70. STF – Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

com fins lucrativos revela-se como uma postura preconceituosa, pois tenta eliminar a natureza destes vínculos. O magistrado não tem qualidades mágicas, para transformar uma **sociedade de afeto** em uma sociedade de fato. Tentar engessar uniões familiares no Direito das Obrigações, e impor-lhes as regras do direito societário, destinadas às sociedades irregulares, é puni-las com a invisibilidade, é bani-las do Direito das Famílias e do Direito Sucessório. Como questiona Paulo Lôbo: afinal, que "sociedade de fato" mercantil ou civil é essa que se constitui e se mantém por razões de afetividade, sem interesse de lucro?[71]

24.10. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA

Causa certa estranheza o fato de o Código Civil, com relação ao casamento, dedicar ao regime de bens nada menos do que 50 artigos e às questões patrimoniais na união estável, escassas duas palavras: **contrato escrito** (CC 1.725). A singeleza com que a lei se refere à possibilidade de os conviventes disciplinarem o regime de bens denota a ampla liberdade que os companheiros têm para estipularem tudo o que quiserem. Não só questões de ordem patrimonial, mas também de ordem pessoal.

A possibilidade de avença escrita passou a ser denominada de contrato de convivência: instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação.[72] Pacto informal, pode tanto constar de escrito particular como de escritura pública, e ser levado ou não a inscrição, registro ou averbação. Pode até mesmo conter disposições ou estipulações esparsas, instrumentalizadas em conjunto ou separadamente em negócios jurídicos diversos, desde que contenha a manifestação bilateral da vontade dos companheiros, identificando o elemento volitivo expresso pelas partes.[73]

Na união estável, é a convivência que impõe o regime **condominial**, em face da presunção de esforço comum à sua constituição. Não importa o fato de os bens estarem registrados apenas no nome de um dos companheiros, para a partilha ocorrer de forma igualitária. No entanto, há a possibilidade de os conviventes, a qualquer tempo (antes, durante, ou mesmo depois de solvida a união), regularem da forma que lhes aprouver as questões patrimoniais.

71. Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas:..., 100.
72. Francisco José Cahali, Contrato de convivência na união estável, 55.
73. Idem, 306.

O contrato de convivência não cria a união estável, pois sua constituição decorre do atendimento dos requisitos legais (CC 1.723): continuidade, duração, publicidade e com o propósito de constituir uma família. O contrato obrigatoriamente terá **efeito retroativo**, em relação à **existência** da união estável, o que não retroage é o **regime de bens** quando é eleito outro regime que não seja o da **comunhão parcial de bens**. Não há possibilidade de ser atribuído **efeito retroativo** a regime de bens mais restritivo, por afrontar direitos já adquiridos. Ou seja, sem contrato, o regime é da comunhão parcial. Descabido eleger o regime de separação, desde o início da união.[74] A não ser que se promova prévia partilha de bens.

Cabe figurar um exemplo. Durante o período de convívio houve a aquisição de um imóvel, após firmarem contrato de convivência adotando o regime de separação total de bens desde o início da união. Ora, quando da compra do bem, a regra aplicável era a existente no momento da aquisição. Por ausência de contrato escrito, vigorava o regime da comunhão parcial (CC 1.725). Mesmo que em nome de somente um dos companheiros, o imóvel passou a ser **comum**, a integrar a **meação**, razão pela qual se incorporou a seu patrimônio. Deste modo, em momento posterior firmar pacto de convivência com efeito retroativo, significaria **renúncia** ao direito de propriedade. José Fernando Simão questiona: "a perda da meação" decorrente da retroatividade do contrato está inserida em qual categoria jurídica? Haveria duas hipóteses apenas para se admitir a "retroatividade do contrato": renúncia ao direito de propriedade sobre os bens ou verdadeira doação entre os companheiros.[75] Não se pode olvidar que é vedada a **doação,** sem a reserva de bens suficientes a garantir a subsistência do doador (CC 548).

Não há como emprestar efeitos retroativos ao pacto, pois as relações jurídicas patrimoniais dos companheiros, até a data de sua celebração, estarão submetidas à regra geral do regime da comunhão parcial de bens.[76] Rolf Madaleno vai além: a renúncia dissimulada por simples contrato escrito de convivência, que afasta a presunção de comunhão parcial, deve ser rejeitada por seu nefasto efeito de enriquecer sem justa causa apenas o companheiro beneficiado pela renúncia do outro e por ser claramente

---

74. Recurso especial. [...] Escritura pública de reconhecimento de união estável. Regime da separação de bens. Atribuição de eficácia retroativa. Não cabimento. Precedentes da Terceira Turma. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1.844.285/RS (2019/0315428-6), Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 16/12/2019).

75. José Fernando Simão, Retroagir ou não retroagir: eis a questão!

76. Cristiano Chaves de Farias e outros, Manual de Direito Civil, 1.271.

contrária à moral e ao direito, permitindo restrições de ordem material de efeito retroativo.[77]

O contrato de convivência – tal qual o pacto antenupcial – está sujeito a **condição suspensiva**. Sua eficácia depende da caracterização da união e não da vontade manifestada no contrato. No máximo pode ser utilizado como **meio de prova** da existência da união, e ainda assim, de **forma relativa.**[78] Mesmo firmado o contrato é possível a existência da união ser questionada judicialmente.

No casamento, a **alteração do regime de bens** precisa ser motivada. É necessária demanda judicial, com a participação do Ministério Público (CC 1.639 § 2.º). Quanto a união estável, não existe restrição à alteração do contrato de convivência a qualquer tempo. Por instrumento público ou particular e imotivadamente.

Com a equiparação entre união estável e casamento, deveria ser dispensada a necessidade de a alteração do regime de bens ser judicializada. Há que sempre prevalecer as regras que mais beneficiam as partes, sob pena de se consagrar retrocesso social.

Tanto o contrato de convivência como o pacto antenupcial não servem tão só para deliberações de natureza patrimonial. Possível cônjuges e conviventes preverem a forma de conduzirem suas vidas. Possíveis previsões de natureza **pessoal e convivencial**. É cabível, por exemplo, assumirem a obrigação de se qualificarem como conviventes.

De outro lado, como os direitos e deveres que lhes são impostos não têm eficácia vinculante, é possível, por exemplo, dispensarem o dever de fidelidade, preverem o pagamento de indenização por traição ou o pagamento de cláusula penal em caso de rompimento unilateral da união Tais disposições não afrontam disposição absoluta de lei nem afrontam a ordem pública (CC 1.655).

Como é determinado o **registro** do pacto antenupcial (CC 1.657), cuja averbação se dá no Registro de Imóveis (LRP 167 II 1), imperativo reconhecer que o contrato de convivência, que traz disposições sobre bens imóveis, também deve ser averbado, para gerar efeitos publicísticos. Provimento do Conselho Nacional de Justiça[79] autoriza o registro das uniões estáveis – quer heterossexuais, quer homoafetivas – no Livro "E" do **Registro Civil das Pessoas Naturais.**

77. Rolf Madaleno, A retroatividade restritiva do contrato de convivência, 149.

78. Cristiano Chaves de Farias e outros, Manual de Direito Civil, 1.271.

79. CNJ – Provimento 37/2014.

Havendo **nascituro** ou **filhos incapazes**, a **dissolução** da união não pode ser levada a efeito por **escritura pública**, ainda que exista consenso entre os conviventes sobre todos os temas (CPC 733). No entanto, quando as questões referentes à prole já se encontram solvidas com a devida chancela judicial, nada justifica obstaculizar o uso da via extrajudicial sobre questões patrimoniais.

A união estável termina como nasce: do vínculo de convivência. Não precisa ser formalizada para existir. O contrato de convivência não constituiu a união. É mera manifestação de natureza exclusivamente declaratória. Termina com o fim do convívio. Mesmo que o par tenha firmado contrato de convivência, não é preciso que ocorra o "distrato".

24.11. CONTRATO DE NAMORO

Quando da regulamentação da união estável, levianas afirmativas de que simples namoro ou um relacionamento fugaz poderia gerar obrigações de ordem patrimonial, acabou provocando pânico generalizado. Entre os homens, é claro! Diante da situação de insegurança, passou a ser decantada a necessidade de o casal de namorados firmarem contrato para assegurar a **ausência de comprometimento** recíproco e a **incomunicabilidade presente e futura do patrimônio**.

No dizer de Gustavo Tepedino, por receio de que relacionamentos afetivos não inteiramente maduros, em linha limítrofe com a convivência familiar, pudessem ensejar comunicação patrimonial. Iniciou-se, com isso, a prática dos chamados "contratos de namoro", pactos por meio dos quais casais de namorados passaram a estabelecer convencionalmente a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade de seus respectivos patrimônios, em busca de segurança jurídica. Tratar-se-ia, como se percebe, de contrato com intuito de tentar evitar *a priori* a configuração de união estável, declarando-se, expressamente, a inexistência de vida em comum.[80]

Hoje é enorme a dificuldade para reconhecer se o vínculo é de **namoro** ou constitui **união estável**, o que se estabelece pelo nível de comprometimento do casal. O namoro – chamado de uniões livres –, atualmente, tende a ter requisitos objetivos muito próximos, para não dizer idênticos aos da união estável, com intimidade ímpar, comunhão de leitos e publicidade exacerbada.[81]

---

80. Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira. Direito de Família: fundamentos do direito civil, 190.

81. Luciano Figueiredo, Afinal: é namoro ou união estável?, 409.

Como afirma Rodrigo da Cunha Pereira, antes, se o casal não mantinha relação sexual, tratava-se apenas de um namoro, e se já mantinha, cuidava-se de "amigados" ou "amasiados". Hoje em dia, é comum, natural e saudável que casais de namorados mantenham relacionamento sexual, sem que isto signifique nada além de um namoro, e sem nenhuma consequência jurídica.[82] Tal configura o que se chamava de **amizade colorida**: relacionamento amoroso e sexual, sem compromisso de estabilidade e fidelidade ou um relacionamento de uma forma mais simples.[83]

Depois de tantas mudanças sociais, não é fácil uma definição apriorística do que se entende por um ou outro.[84] Com a evolução dos costumes, a queda do tabu da virgindade, a enorme velocidade com que se estabelecem os vínculos afetivos, ficou difícil identificar se o relacionamento não passa de um simples namoro ou se é uma união estável. Até porque, no mais das vezes, um do par acha que está só namorando e o outro acredita estar vivendo em união estável. Por isso esta definição frequentemente é delegada ao Judiciário, que se vê na contingência de proceder a uma averiguação para lá de particular e minuciosa para verificar se havia ou não o ânimo de constituir família.

A única possibilidade é de os namorados firmarem uma declaração referente à situação de ordem patrimonial **presente e pretérita**. O contrato, com a finalidade de blindagem de patrimônio individual, seria um nada jurídico. Não há como previamente afirmar a incomunicabilidade futura, principalmente quando se segue um longo período de vida em comum, no qual foram amealhados bens. Nessa circunstância, emprestar eficácia a contrato firmado no início do relacionamento que preveja a incomunicabilidade patrimonial, corresponderia à adoção do regime da **separação convencional de bens** e pode ser fonte de **enriquecimento sem causa**. Como adverte Zeno Veloso: se, ao contrário do que informa a declaração que emitiram, a união estável entre eles está configurada, ou, posteriormente, vem a se constituir, é isso que vale e tem efeito, e não o que se declarou no chamado contrato de namoro.[85]

A doutrina diverge sobre o tema. Pablo Stolze diz ser lícita declaração que, simplesmente, descaracterize a relação concubinária, em detrimento

82. Rodrigo da Cunha Pereira, Concubinato e união estável, 19.
83. Leonardo Amaral Pinheiro da Silva, Pacto dos namorados, 86.
84. Silvio Venosa, Contratos afetivos:..., 83.
85. Zeno Veloso. Direito Civil, 322.

da realidade.[86] João Henrique Miranda Soares Catan sustenta a possibilidade de inserção no contrato de namoro de uma cláusula "darwiniana", ou seja, contratação de uma **cláusula de evolução**: previsão de que, havendo uma evolução "de fato" no relacionamento de namoro, passando a configurar união estável, as partes livremente resolvem adotar o regime da separação de bens, ou disciplinaram o regime que entenderem mais adequado para o futuro.[87]

Já Carlos Roberto Gonçalves afirma que esse tipo de avença, com o intuito de prevenir responsabilidades, não dispõe de nenhum valor, a não ser o de monetizar singela relação afetiva. Afinal, o namoro não é concebido como fato jurídico, visto que é incapaz de gerar qualquer efeito jurídico.[88]

Ainda assim, firmado o contrato de namoro por **escritura pública**, havendo previsão de eventual casamento, com eleição do regime de bens, o documento serve como **pacto antenupcial**.

24.11.1. Namoro qualificado

Na tentativa de desfigurar a união estável, blindar patrimônio e excluir direitos, passou-se a falar em namoro qualificado, expressão horrível, que não dispõe de qualquer conteúdo jurídico. Atribui-se a Zeno Veloso sua publicização.[89] E é referendado pelo STJ.[90]

Luciano Figueiredo diz que namoro qualificado é uma relação que goza de publicidade, continuidade e durabilidade, na qual há, inclusive, *animus* de constituir família. Contudo, este *animus* é de constituição de uma família futura, e não atual. Tal fato, é o grande diferenciador para a união estável, instituto familiarista e que demanda *animus familiae* atual.[91]

A criação desta "figura jurídica" – um terceiro gênero entre namoro e união estável –, visa tão só subtrair efeitos patrimoniais de relacionamentos afetivos em que há coabitação, há aquisição de bens, mas não se identifica a *afectio matitalis*.

---

86. Pablo Stolze, Novo curso de Direito Civil, 437.
87. João Henrique Miranda Soares Catan, O réquiem dos contratos de namoro.
88. Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil brasileiro, 271.
89. Leonardo Amaral Pinheiro da Silva, Pacto dos namorados, 93.
90. STJ – REsp 1.850.276/MG (2019/0351355-1) (Dec. monocrática), Rel. Min Marco Buzzi, j. 31/03/2020.
91. Luciano Figueiredo, Afinal: é namoro ou união estável?, 412.

Leonardo Amaral Pinheiro da Silva diz que são institutos distintos e diversos.

- **União estável**: configurada na convivência pública de duas pessoas, contínua e duradoura e estabelecida com o fim de constituição imediata de família. Objetivamente, uma relação afetiva pública notória, cuja convivência tenha que ser contínua estável, duradoura, perpetrada no tempo, uma vez que não há prazo, mas, com algum tempo de convivência para que se estabeleça, já que se espera é que seja duradoura, não podendo ser breve ou transitória. Uma comunhão de vida em que convivam como se cônjuges fossem, prescindível a obrigatoriedade de ser sob o mesmo teto. Subjetivamente, a intenção imediata de constituição de uma família, postura de assumir um real, efetivo e firme compromisso, com direitos e deveres pessoais e patrimoniais semelhantes aos do casamento.
- **Namoro qualificado**: convivência íntima, sexual, de duas pessoas podendo ou não haver coabitação, em que os namorados frequentam as respectivas casas, eventos sociais, viajam, passam férias juntos, comportam-se no meio social ou profissional como se encontrando num relacionamento amoroso. Objetivamente, assemelha-se a uma união estável, faltando-lhe, porém, um elemento inafastável – presente no critério subjetivo – a constituição imediata como entidade familiar. Subjetivamente, a ausência da vontade de constituição imediata de uma entidade familiar. Mesmo que o namoro seja longo, consolidado, daí a nomenclatura "namoro qualificado", não há nos namorados o desejo imediato de constituir uma família, ainda que se o admita futuramente, mas não o é no momento. Por esta razão não há de se falar em direito e deveres jurídicos, notadamente de ordem patrimonial entre os namorados, não se cogitando em falar de regime de bens, alimentos, sucessão, partilha e outros direitos.[92]

E a saída, mais uma vez, é ressuscitar a velha tendência de reconhecer uma **sociedade de fato**, transferindo o relacionamento para o campo obrigacional.

Será que a inserção do namoro qualificado – que não dispõe de respaldo algum – estaria considerando o simples namoro como uma relação desqualificada?

92. Leonardo Amaral Pinheiro da Silva, Pacto dos namorados, 105.

24.12. CONVERSÃO EM CASAMENTO

A Constituição recomenda que a lei **facilite** a conversão da união estável em casamento (CR 226 § 3.º). Tal indicação não hierarquiza os dois institutos nem permite que se considere a união estável como uma entidade familiar de segunda categoria. Ao contrário, a previsão visa assegurar mais segurança às uniões que se constituem sem o selo da oficialidade. Portanto, tem um caráter protetivo.

O Código Civil deixou de obedecer a recomendação ao estabelecer (CC 1.726): *A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.*

Ora, exigir a **interferência judicial** não é facilitar. É burocratizar. É onerar. Esse procedimento, às claras, em nada facilita a conversão. Ao contrário, a dificulta. Tanto é assim que esse dispositivo vem sendo considerado **inconstitucional**.

Assim, os tribunais estaduais passaram a regulamentar o procedimento administrativo de conversão, diante dos termos do art. 8º da Lei 9.278/1996, que diz: *Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.* No entanto, tal não impede que optem os conviventes em fazer uso da via judicial.[93]

A conversão só é possível se não existir impedimento para o casamento. Assim, se um dos conviventes é separado de fato, não dá para casar nem transformar a união em casamento. É necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença de divórcio.

Também não é possível a conversão após o **falecimento** de um dos conviventes, pois é indispensável a manifestação de ambos.

Conforme assentado pelo STF, a sentença que transforma a união estável em casamento dispõe de natureza **constitutiva** e, por tal, não dispõe

93. Recurso especial. Pedido de conversão de união estável em casamento. Conversão pela via judicial. Possibilidade. O propósito recursal é reconhecer a existência de interesse de agir para a propositura de ação de conversão de união estável em casamento, considerando a possibilidade de tal procedimento ser efetuado extrajudicialmente. Os arts. 1.726, do CC e 8º, da Lei 9278/1996 não impõem a obrigatoriedade de que se formule pedido de conversão de união estável em casamento exclusivamente pela via administrativa. A interpretação sistemática dos dispositivos à luz do art. 226 § 3º da Constituição Federal confere a possibilidade de que as partes elejam a via mais conveniente para o pedido de conversão de união estável em casamento (STJ – REsp 1.796.739/RJ (2019/0036613-6) (Dec. monocrática), Rel. Min. Marco Buzzi, j. 27/11/2019).

de eficácia **retroativa**.[94] Firmar **contrato de convivência** não se presta para a fixação de regras patrimoniais com efeito *ex tunc*. Como as partes viviam em união estável, o casamento também não é a solução para fazer previsões de natureza patrimonial sobre situações pretéritas. Até porque, vivendo o casal em união estável, a partir do momento em que é firmado **pacto antenupcial**, passa a vigorar, imediatamente, o regime de bens eleito, mesmo antes do casamento.[95]

Existem regulamentações para todos os gostos, não havendo consonância sobre em qual livro proceder ao registro da conversão; se deve ou não ser expedido os proclamas; se são necessárias testemunhas; ou se cabe celebração pelo juiz de paz.

Há questões que não são enfrentadas por ninguém. Por exemplo, a partir de quando se tem o casamento por constituído: da data do protocolo do pedido, da decisão judicial ou do seu trânsito em julgado? Tal ponto é de significativa importância. Basta aventar a possibilidade de ocorrer o falecimento de um dos conviventes depois do ingresso da ação, mas antes da sentença.

---

94. Recurso extraordinário contra a decisão reconheceu a natureza constitutiva da sentença de conversão de união estável em casamento. [...] Prestigiada pelo art. 226, § 3º, da Constituição Federal, e prevista no art. 1.726 do Código Civil, a conversão da união estável em casamento buscou assegurar não só a própria existência dessa relação familiar, mas também que os companheiros tivessem um caminho menos árduo para formalização do casamento sem suas regulares exigências procedimentais, tal como a habilitação ou a celebração, nisso consistindo a diferença principal entre o ato de casar e o de converter a união estável em casamento, malgrado somente pela realização de um desses procedimentos os nubentes restarão constituídos no estado de casados, em ambos os casos, com efeitos *ex nunc*. [...] 4. A sentença que converte a união estável em casamento tem natureza constitutiva, mormente, porque traduz uma nova realidade jurídica, inclusive quanto ao regime de bens a ser adotado, com eficácia *ex nunc*, por conseguinte, projetando para o futuro os seus efeitos. (STF – RE 1.189.699/DF (0732861-51.2018.8.07.0016) (Dec. monocrática), Rel. Min. Edson Fachin, j. 13/02/2020).

95. Agravo interno no recurso especial. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Existência de contrato de convivência. Adoção do regime da separação total de bens. [...] o pacto antenupcial firmado entre os conviventes, além de dispor sobre a escolha do regime da separação total de bens, tratou sobre regras patrimoniais atinentes à própria união estável, extremando o acervo patrimonial de cada um e consignando a ausência de interesse na constituição de esforço comum para formação de patrimônio em nome do casal. 3. Independentemente do *nomen iures* atribuído ao negócio jurídico, as disposições estabelecidas pelos conviventes visando disciplinar o regime de bens da união estável, ainda que contidas em pacto antenupcial, devem ser observadas, especialmente porque atendida a forma escrita, o único requisito exigido. Precedente do STJ. 4. [...] (STJ – AgInt no REsp 1.590.811/RJ (2014/0180569-9), 4ª T., Rel. Lázaro Guimarães, j. 27/02/2018).

Assim, urge regulamentar a matéria em âmbito nacional.

Por falta de vedação legal, nada impede que, ao pedido de conversão seja cumulada pedido de **alteração do regime de bens**. Ambas são ações de **jurisdição voluntária** em que há convergência de vontades. Nesta hipótese, porém, é indispensável a participação do Ministério Público (CPC 734 § 1.º).

Outro ponto não esclarecido diz com o **valor da causa** da ação de conversão de união estável em casamento. Tratando-se de **ação de estado**, o valor é inestimável, bastando a indicação do **valor de alçada**.

24.13. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO

A união estável se constitui e se extingue sem ■ necessidade de chancela estatal, ao contrário do que ocorre com o casamento, que depende do amém do Estado, quer para existir, quer para ter um fim. O divórcio dissolve o casamento (CC 1.571 § 2.º) e a sentença tem **eficácia desconstitutiva**. A ação de reconhecimento de união estável dispõe de carga exclusivamente **declaratória**. Limita-se a sentença a reconhecer que a relação existiu, fixando o seu termo inicial e final. É inadequado nominar a ação de **dissolução de união estável**, até porque, quando as partes vão a juízo, a união já acabou dissolvida. A sentença somente reconhece sua existência e identifica o período de convivência, em face de eventuais efeitos de ordem patrimonial.

Não cabe qualquer questionamento a respeito de **culpa**, até porque não mais cabe nem quando da dissolução do casamento, em face da EC 66/10. É indevida a tentativa de imputação de responsabilidade pelo desenlace afetivo mesmo quando a ação envolve questão alimentícia. Transborda os limites da demanda perquirir responsabilidades.

Dissolvida ■ união estável com o fim da convivência, socorre-se da via judicial o companheiro que reivindica algum direito: ou partilha de bens, ou alimentos, ou direitos sucessórios se o vínculo findou pela morte do parceiro. No entanto, podem os companheiros buscar o reconhecimento da existência da relação, durante sua vigência de forma consensual: por meio de **escritura pública**, **justificação judicial** ou **ação declaratória**.

Como desapareceu o **foro privilegiado** da mulher, a **competência** para a ação de reconhecimento e dissolução da união estável é (CPC 53):

- do domicílio do **guardião** do filho incapaz;
- do último domicílio do **casal**;

- do domicílio do **réu** (CPC 53); ou
- do domicílio da vítima de violência doméstica.

A ação tramita nas **varas de família**. No entanto, a vítima de violência doméstica pode propor a ação no **Juizado da Violência Doméstica** (LMP 14-A). Como é excluída somente a a partilha de bens tal significa que outras pretensões podem ser formuladas. A possibilidade é descabida, pois somente irá congestionar ainda mais a capacidade de atendimento célere, característica maior desta especialização.

Mais coerente é tanto a autoridade policial como a judicial encaminhar a vítima ao órgão de assistência judiciária para o ajuizamento da ação, como é reiteradamente determinado (LMP 9º III, 11 V e 18 II).

Falecido o companheiro, os **legitimados** para figurar na demanda, quer no polo ativo, quer no polo passivo, são os **herdeiros**, e não o espólio representado pelo inventariante (CPC 75 VII). Como os reflexos do processo não são exclusivamente de ordem patrimonial, imperiosa a presença dos sucessores em nome próprio.

A ação tramita em **segredo de justiça** (CPC 189 II).

Quando existem filhos, necessariamente a ação de reconhecimento e dissolução de união estável deve ser **cumulada** com outras demandas. Não há tal exigência na ação litigiosa (CPC 693), só na ação consensual, onde é preciso definir o regime de convivência com os filhos e alimentos (CPC 731 e 732). Porém, nada justifica excluir a tutela do direito dos filhos em face da desavença dos pais.

Passou a lei a admitir a chamada **sentença parcial** (CPC 356), nada mais do que a apreciação de algumas das demandas cumuladas (ou de alguns dos pedidos, como equivocadamente diz a lei). Possível tal ocorrer em sede de dissolução da união estável. Por exemplo, definido o período de convivência, prossegue a ação quanto aos demais pontos controvertidos.[96]

Como há cumulação de demandas, quando da sentença, o recurso pode ter **efeitos diversos**. Sobre a verba alimentar, a apelação é recebida só no **efeito devolutivo** (CPC 1.012 § 1.º II). O recurso sobre outras questões, como a convivência dos filhos ou a partilha, deve ser recebido no duplo efeito.

---

96. IBDFAM – Enunciado 18: Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas.

Para ser homologada a **dissolução consensual** da união estável, a petição inicial deve ser **assinada** por ambos os companheiros, ou por procurador com poderes especiais. Deve constar o que foi deliberado sobre (CPC 731):

I – as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;

II – as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;

III – o acordo relativo a guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e

IV – o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

Se não houver acordo sobre a partilha de bens, esta poderá ocorrer depois de homologado o divórcio (CPC 731 parágrafo único).

Somente quando existem filhos incapazes, ou uma das partes for vítima de violência doméstica é obrigatória a participação do **Ministério Público** (CPC 178 II e 698 I). Havendo a manifestação ministerial pela homologação do acordo, não precisa ser realizada **audiência conciliatória**.

Em face da resistência ao reconhecimento da **união simultânea ou paralela** como entidade familiar, o melhor é formular **pedidos alternativos em caráter eventual**: a declaração de união estável ou o reconhecimento de sociedade de fato, ou, ao menos, o pagamento de indenização por serviços prestados.

Quando se trata de ação de reconhecimento de **união paralela** *post mortem*, em que o falecido mantinha o vínculo de casamento, além dos herdeiros é necessária a citação do **cônjuge sobrevivente**. Trata-se de **litisconsórcio necessário**, cuja inobservância leva à nulidade do processo (CPC 114).

Não é necessário formalizar a dissolução da união estável. Afinal, ela acaba com o fim da convivência. Mas, havendo interesse de ambos em formalizar o seu fim, **se existir nascituro ou filhos incapazes,** não é possível o uso da via **extrajudicial** por meio de **escritura pública** (CPC 733). É necessária demanda judicial que dispõe, exclusivamente, de efeito declaratório, pois a união acabou com o fim da convivência.

Visando a ação de reconhecimento da união estável tão só **benefícios previdenciários**, não é obrigatória a participação da pessoa jurídica de direito público na demanda. Sua presença é tolerada, na condição de **assistente simples** (CPC 119), o que não enseja o deslocamento da competência. Tratando-se de um estranho à lide, descabe transferir a demanda para a justiça federal ou para as varas de direito público. A competência é das varas de família ou varas cíveis onde inexistir especialização.

Se o falecido era segurado do **sistema previdenciário**, só é concedida **pensão por morte** ao companheiro sobrevivente:

- se o óbito ocorreu após 24 meses de contribuição; e
- se a união teve início há mais de dois anos antes do óbito.

A pensão corresponde a 50% do benefício e só é vitalícia se o beneficiário tiver até 35 anos de expectativa de vida. Atualmente, se tiver 44 anos ou mais. Abaixo desta idade há todo um cálculo diferenciado, sendo que, se o sobrevivente tiver menos de 21 anos, receberá a pensão por apenas três anos (Lei 13.135/2015).

Quando o companheiro sobrevivente de uma união simultânea requer **pensão por morte** é necessária a citação do viúvo, pois haverá rateio do benefício.

O **credor** do casal ou de apenas um dos companheiros não tem legitimidade para ingressar com ação declaratória de união estável, por seu interesse ser exclusivamente de ordem econômica.[97]

24.14. TUTELAS PROVISÓRIAS

Aplicam-se à união estável todas as tutelas provisórias, de urgência, cautelares ou antecipadas (CPC 294 a 299), já que podem ser utilizadas em razão do casamento.[98] Embora a união estável finde com a cessação da vida

97. Recurso especial. Ação declaratória. União estável. Sujeitos da relação. Elemento subjetivo. Credor. Interesse econômico. Ilegitimidade. Precedente. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se o credor detém legitimidade ativa para requerer a declaração de união estável existente entre a devedora e terceiro. 2. A legitimidade requer a existência de uma relação de pertinência subjetiva entre o sujeito e a causa. O elemento subjetivo da ação declaratória é o desejo de constituir família, que deve ser nutrido por ambos os conviventes. A sua falta impede o reconhecimento da união estável. 3. O interesse econômico ou financeiro de credor não o legitima a propor ação declaratória de união estável, haja vista que esta tem caráter íntimo e pessoal. Precedente. 4. Recurso especial não provido. (STJ – REsp 1.305.767/MG (2012/0019279-3), 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 03/11/2015).

98. Ação de dissolução de união estável. Decisão deferiu pedido de tutela de urgência formulado pela ré. Determinação para que o autor se abstenha de impedir o acesso da requerida ao imóvel comum das partes. Insurgência do réu. Requisitos do art. 300, do CPC, demonstrados. Decisão mantida. Instrumento particular de venda e compra do imóvel demonstra aparente condomínio. Aquisição feita pelas partes em iguais proporções. Requerida possui direito de acesso. Não verificada incompetência do juízo. Autor formulou, em momento anterior, requerimento para impedir o acesso da ré ao imóvel. Invocação de que natureza do pedido seria objeto de

em comum, nem sempre o afastamento de um dos conviventes da morada em que residem ocorre de forma consensual. Assim, possível o pedido de **separação de corpos** (CC 1.562), a fim de, muitas vezes, resguardar a integridade física das partes, inclusive dos filhos. Como esta providência tem efeitos outros, é admissível até mesmo quando o casal já se encontra separado. Pode ser utilizada para o fim de chancelar a incomunicabilidade patrimonial, demarcando o fim da relação.

Igualmente, o pedido de **autorização de afastamento**, para que um do par se retire do domicílio, é cabível em sede de união estável. Essa cautela justifica-se para prevenir eventuais responsabilidades e chancelar o término do estado condominial de bens.

Também é viável o pedido de **reserva de bens** (CPC 628 § 2.º) no inventário do convivente falecido, para resguardar os direitos pleiteados pelo companheiro sobrevivente enquanto tramita a ação declaratória de reconhecimento da união.

LEITURA COMPLEMENTAR

CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELGADO, Mário Luiz. Divórcio. Diferenças entre união estável e casamento: quando a desigualdade é (in)constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 379-392.

FIGUEIREDO, Luciano L. Afinal: é namoro ou união estável? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 403-426.

OLIVEIRA, Euclides. União estável: conceituação e efeitos jurídicos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.); BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (coords.). *Direito Civil – Direito de família*. vol. 7, São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 150-170.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

---

reintegração de posse beira à má-fé. Decisão clara, coerente e bem fundamentada. Ausência de motivação não verificada. Autor foi intimado a se manifestar sobre o pedido. Contraditório respeitado. Concessão do pedido ocorreu após reiteração da requerida. Agravo não provido. (TJSP – AI 2116237-88.2020.8.26.0000, 9ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Edson Luiz de Queiroz, j. 29/07/2020).

______. União estável. In: ______(coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 197-250.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. *O princípio da isonomia jurídica entre homens e mulheres como limitação ao poder de reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

______. *Pacto dos namorados*: o namoro qualificado e a diferença que você gostaria de saber da união estável mas tem receio de perguntar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

______. *Pacto dos noivos*: O que você gostaria de saber sobre regime de bens, mas tem receito em perguntar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

25

FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Sumário: 25.1. Tentativa conceitual – **25.2.** Previsão constitucional – **25.3.** Omissão legal – **25.4.** Via judicial – **25.5.** Avanços jurisprudenciais – **25.6.** As decisões das Cortes Superiores – Leitura complementar.

Referências legais: CR 5º XLII, 14 III, 61 § 2.º e 226; Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), 2.º e 5.º parágrafo único; Lei 12.852/2013 (Estatuto da Juventude) 17, II, 18, III – Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) 18 § 4.º VI; PECs 110 e 111/11; CNJ – Resolução 175/2013, e Provimentos 37/2014, 52/2016, 63/2017 e 83/2019; CFM – Resoluções 2.168/2017 (Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida) e 1.664/2003 (Regula os procedimentos médico-cirúrgicos para os casos de intersexualidade); PLS 134/2018 (Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero).

25.1. TENTATIVA CONCEITUAL

Historicamente a **família** sempre foi identificada como a relação entre um homem e uma mulher constituída pelos "**sagrados laços do matrimônio**". É tão naturalizada essa ideia que a Constituição, ao assegurar proteção especial à **família** e ao **casamento**, nada diz sobre a diversidade sexual do par (CR 226 e § 1.º). Do mesmo modo o Código Civil. Quando trata exaustivamente do casamento, sua validade e eficácia, não exige que o casal seja formado por pessoas de sexos diferentes (CC 1.511 a 1.570). Assim, na ausência de vedação constitucional ou legal, não há impedimento ao casamento homoafetivo. Esta "união", inclusive, é que ensejou o surgimento da teoria do **casamento inexistente.**

A homossexualidade sempre existiu. Não é **crime** nem **pecado**; não é uma **doença** nem um **vício**. Também não é um mal contagioso, nada

justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais, identificados pela sigla LGBTI. São simplesmente – nada mais, nada menos – do que outras formas de viver, diversa do padrão majoritário. Mas nem tudo o que é diferente merece ser discriminado. Muito menos ser alvo da exclusão social.

A origem da homossexualidade e da transexualidade não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal. Tanto que a Classificação Internacional das Doenças – CID 11[1] retirou os transtornos de identidade de gênero do capítulo de doenças mentais. Passará a ser chamado de **incongruência de gênero**, inserido no capítulo sobre **saúde sexual**.

De forma sensível observa Giselda Hironaka que as verdades inteiras são perigosas exatamente porque querem fechar suas muralhas sobre o construído de molde a não permitir reorganizações, remodelações, rearranjos. É mais seguro, por certo, não mexer muito nas coisas ou nas ideias, pois tudo o que contém dentro de um formato imutável tende a parecer mais seguro. Deve decorrer daí a ideia de segurança jurídica, esse padrão aprisionador de concepções, esse denominador comum de repetição, esse paradigma inacreditavelmente inamovível. Numa ideia assim – restrita e fechada, e por isso mesmo segura – não há lugar para se pensar o novo, para se adequar o tempo, para fazer fluir apenas o justo. Parece que, nesse tipo de concepção mais restritiva de justiça, tenha sido preferível a justiça segura à justiça justa.[2]

Em face do repúdio social, fruto da rejeição de origem religiosa, as uniões de pessoas do mesmo sexo receberam, ao longo da história, um sem-número de rotulações pejorativas e discriminatórias. A igreja fez do casamento uma forma de propagar a fé cristã: crescei e multiplicai-vos. A infertilidade dos vínculos homossexuais foi uma das causas de marginalização da entidade familiar que constituem. Só que agora, conforme regulamentação do Conselho Federal de Medicina,[3] homossexuais podem ter filhos, fazendo uso das técnicas de reprodução assistida.

O legislador, com medo de desagradar seu eleitorado, prefere não aprovar leis que concedam direitos às minorias alvo de preconceito. Não há outra justificativa para as uniões homossexuais serem excluídas do sistema jurídico. No entanto, a ausência de lei não significa inexistência de direito.

1. O CID 11 entrará em vigor em 2022.
2. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Sobre peixes e afetos, 426.
3. CFM – Resolução 2.168/2017.

Foi no âmbito do Judiciário que, com o nome de uniões **homoafetivas**,[4] o relacionamento entre iguais mereceu reconhecimento. Esta expressão insere também no conceito de família, as constituídas independentemente da **identidade de gênero** dos seus integrantes. E talvez por isso seja melhor falar em **famílias LGBTI**.

A inserção da letra "I" identifica os **intersexuais**, que eram chamados de hermafroditas: pessoas que nascem com órgãos genitais ambíguos. Na ânsia de enquadrar todos no modelo sexual binário, crianças de tenra idade são vítimas de verdadeira mutilação. O Conselho Federal de Medicina[5] considera a intersexualidade uma anomalia de diferenciação sexual, uma urgência biológica e social. Calçados nesses conceitos equivocados, os médicos realizam cirurgias de "adequação genital" em bebês, sem qualquer respeito ao direito de eles, um dia, escolherem a própria identidade de gênero.

Certamente este é o segmento mais vulnerável e invisível. Data do ano de 2018 a primeira obra sobre o tema "Intersexo – aspectos jurídicos, internacionais, trabalhistas, registrais, médicos, psicológicos, sociais e culturais", o que ensejou o surgimento da Associação Brasileira de Pessoas Intersexo (ABRAI).

25.2. PREVISÃO CONSTITUCIONAL

O compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no primado do respeito à **dignidade humana** e nos princípios da **igualdade** e da **liberdade**. Diante das garantias constitucionais, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica. A Constituição da República, já no seu preâmbulo, assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Ao elencar os direitos e as garantias fundamentais, proclama (5ª): *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*. Ou seja, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo, cor ou idade (CR 3º I).

A constitucionalização da família assegura proteção ao indivíduo e a suas estruturas de convívio, independentemente da orientação sexual ou

4. Esse neologismo foi cunhado na primeira edição da minha obra *União homossexual: o preconceito e a justiça*, no ano de 2000, agora na 8ª edição com o nome *Homoafetividade e os Direitos LGBTI*.
5. CFM – Resolução 1.664/2003.

identidade de gênero de seus membros. Houve o esgarçamento do conceito de família. Ao ser utilizada a expressão **entidade familiar**, houve o reconhecimento da existência de relações afetivas fora do casamento (CR 226). Não disse que o casamento é entre um homem e uma mulher. Foi emprestada especial proteção à união estável entre homem e mulher e às famílias monoparentais, formadas por um dos pais e sua prole. Esse elenco, no entanto, não esgota as formas de convívio merecedoras de tutela. Trata-se de cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade.[6] É necessário admitir que relacionamentos, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Por terem origem em um **vínculo afetivo**, devem ser identificados como entidade familiar merecedoras da tutela legal.

Conforme Paulo Lôbo, na Constituição atual não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorria com as Constituições anteriores. Com isso, está sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. E conclui de modo enfático: a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. A referência constitucional é norma de inclusão, que não permite deixar ao desabrigo do conceito de família – que dispõe de um conceito plural – a entidade familiar homoafetiva.[7] E, na inexistência de regra restritiva, é de ser reconhecida a união estável homoafetiva como entidade familiar.

Ainda que não haja expressa referência às uniões homoafetivas, não há como deixá-las fora do atual conceito de **família**. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formam um núcleo familiar, independentemente do sexo a que pertencem. A única diferença que essa convivência guarda com a união estável entre um homem e uma mulher é a inexistência da possibilidade de gerar filhos. Tal circunstância, por óbvio, não serve de fundamento para qualquer diferenciação.

De outro lado, o argumento de que o legislador constitucional impôs à união estável o requisito da diversidade de sexo é insuficiente para concluir que vínculos homoafetivos devam ser ignorados ou não possam ser protegidos. A diversidade de sexo e a capacidade procriativa não são elementos essenciais para se reconhecer a entidade familiar como merecedora da especial tutela do Estado.[8]

6. Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas:..., 95.
7. Idem, ibidem.
8. Idem, 117.

O fato é que os homossexuais têm, sim, a possibilidade de constituírem família com **filhos**. Expressamente, a Resolução do Conselho Federal de Medicina[9] autoriza acesso às técnicas de **reprodução assistida**, independentemente da orientação sexual dos pais. Provimento do CNJ autoriza o registro dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, em nome de ambos os pais, de casais heteroafetivos e homoafetivos.[10]

Provimento do CNJ[11] garante que se proceda, junto ao Cartório do Registro Civil, o registro em nome de ambos os pais, dos filhos de casais homoafetivos havidos por técnicas de reprodução assistida. Para quem participou da concepção, quer doando material genético, quer participando da gestação e quer assumir a parentalidade, é necessário o uso de procedimento judicial para o reconhecimento da multiparentalidade.

25.3. OMISSÃO LEGAL

O repúdio a segmentos marginalizados acaba intimidando o legislador, que tem enorme resistência em editar leis que visem a proteger quem a sociedade rejeita. Omitem-se na vã tentativa de excluir da tutela jurídica as minorias alvo da discriminação. Nada mais do que uma perversa condenação à invisibilidade.

Mas a verdadeira motivação da omissão do legislador é o medo de comprometer sua reeleição. Não quer desagradar o seu eleitorado. Assim, não legisla. A tarefa acaba por ser assumida pelo Poder Judiciário. Esta, aliás, é sua função: julgar, mesmo que inexista lei. Afinal, falta de lei não significa ausência de direito.

25.4. VIA JUDICIAL

A omissão do legislador levava ao surgimento de verdadeiro círculo perverso. Diante da inexistência de norma jurídica concessiva de direitos, havia juízes que declaravam a extinção do processo, rejeitavam a tutela jurídica, considerando como eloquente o silêncio da lei.

Porém, a própria lei reconhece a existência de **lacunas** no sistema legal, o que não autoriza o juiz a ser omisso. A determinação é que julgue (CPC 140): *O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuri-*

9. CFM – Resolução 2.168/2017.
10. CNJ – Provimento 63/2017.
11. CNJ – Provimento 63/2017.

dade do ordenamento jurídico. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inclusive aponta as ferramentas a serem utilizadas (LINDB 4º): analogia, costumes e princípios gerais de direito. Também o seu art. 5º indica um rumo para o juiz: deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum. A interpretação, portanto, deve ser axiológica, progressista, na busca daqueles valores, para que a prestação jurisdicional seja democrática e justa, adaptando-se às contingências e mutações sociais.[12] Ou seja, na falta da lei o juiz tem que julgar. Só que quando o fazem, acabam acusados de **ativismo judicial**.

No entanto, toda vez que o juiz nega algum direito sob a justificativa de inexistir lei, desrespeita a própria lei e deixa de cumprir com o seu dever. Não lhe cabe julgar as escolhas de vida das partes e chegar a resultado que enseje enriquecimento injusto de um em detrimento do outro, o que fere a **ética que deve nortear ▪ relações interpessoais**. Deve apreciar as questões que lhe são postas, centrando-se, no seu compromisso de encontrar uma solução justa.

Reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar e assegurado acesso ao **casamento**, os noivos se submetem aos mesmos impedimentos e restrições legais. No entanto, há que se atentar à hipótese do casamento entre parentes colaterais de terceiro grau (entre tio e sobrinho), que recebe o feio nome de **casamento avuncular** (CC 1.521 IV). No entanto, reconhece a justiça que permanece em vigor o Dec. Lei 3.200/41, que autoriza o casamento, mediante **autorização judicial**, desde que perícia confirme inexistir inconveniente do ponto de vista da sanidade e da saúde dos noivos e da prole. Como o casamento homoafetivo não dispõe de **capacidade** procriativa pode ser admitido sem a necessidade de autorização judicial ou exame médico.[13]

A realidade demonstra que a unidade familiar não se resume apenas a casais heterossexuais. As uniões homoafetivas já galgaram o *status* de unidade familiar. A legislação apenas acompanha essa evolução para permitir que, na ausência de sustentação própria, o Estado intervenha para garantir a integridade física e psíquica dos membros de qualquer forma de família.[14]

---

12. Zeno Veloso, Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil..., 92.
13. José Fernando Simão, Casamento avuncular homoafetivo? Casamento entre tios ▪ sobrinhos.
14. Iglesias Fernanda de Azevedo Rabelo e Rodrigo Viana Saraiva, A Lei Maria da Penha...

25.5. AVANÇOS JURISPRUDENCIAIS

Em um primeiro momento, apesar de não se tratar de vínculo empregatício, a Justiça deferia a um dos parceiros da união de pessoas do mesmo sexo **indenização por prestação de serviços.**[15] Depois passou a conceder apenas efeitos de ordem patrimonial, intitulando as uniões homossexuais de **sociedades de fato** (CC 981): *Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.* Visualizava-se exclusivamente uma sociedade irregular, um vínculo negocial, e não uma relação afetiva com características de uma família. Ora, chamar as uniões homoafetivas de sociedade de fato, no âmbito do direito obrigacional, as excluía do manto protetivo do Direito das Famílias, o que acabava por afastar direitos sucessórios e previdenciários.

A mudança começou pela Justiça gaúcha, ao definir, em 1999, a **competência** dos juizados especializados da família para apreciar as ações referentes à união das pessoas do mesmo sexo. Também foi do Rio Grande do Sul a decisão que, em 2001, pela vez primeira, as reconheceu como **entidade familiar**, deferindo a **herança** ao parceiro sobrevivente.[16]

A partir daí as decisões proliferaram Brasil afora, concedendo todos e iguais direitos.[17] A única exceção era o acesso ao casamento.

25.6. AS DECISÕES DAS CORTES SUPERIORES

É de enorme significado os julgamentos dos tribunais superiores, pois balizam o entendimento das demais instâncias e dispõem de um caráter pedagógico frente à sociedade.

Data do ano de 1998 a primeira decisão do **Superior Tribunal de Justiça** (STJ) que, afirmando a existência de sociedade de fato, assegurou ao parceiro homossexual a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum.[18] Mas sempre foi exigida prova da mútua colaboração.[19]

15. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito de Família brasileiro, 197.
16. TJRS – AC 70001388982, 7ª C. Cív., Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14/03/2001.
17. Decisões disponíveis no site: www.direitohomoafetivo.com.br.
18. STJ – REsp 148.897/MG, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/02/1998.
19. STJ – REsp 773.136/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10/10/2006; STJ, REsp 648.763/RS, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 07/12/2006.

O **Tribunal Superior Eleitoral (TSE)**, por se tratar de união estável homossexual estendeu a inelegibilidade à parceira do mesmo sexo de uma ocupante de cargo eletivo.[20] O impedimento persiste mesmo depois da separação do casal.[21]

Em 2010, decisão do STJ[22] deferiu à parceira homossexual a **adoção unilateral** dos filhos que haviam sido adotados pela companheira, uma vez que elas haviam planejado adotá-los em conjunto.

Em 05/05/2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) acolheu duas ações declaratórias de inconstitucionalidade,[23] reconhecendo as uniões homoafetivas como **entidades familiares** com os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis. A histórica decisão, proferida por unanimidade, dispõe de **eficácia contra todos** e **efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF 102 § 2.º). A desobediência dá ensejo a **pedido de reclamação** diretamente no STF.

A partir dessa decisão começou a jurisprudência a admitir a **conversão da união homoafetiva em casamento**,[24] até que o STJ deferiu a **habilitação direta para o casamento**.[25]

Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[26] **proibiu** às autoridades competentes recusarem a habilitação, a celebração do casamento civil ou a conversão da união estável em casamento. Como diz Rosa Maria de Andrade Nery, é um arremedo da solução jurídica que o parlamento deveria dar, com completa solução sistemática das questões de família e de sucessões que a matéria sugere.[27]

O STF editou tese admitindo o reconhecimento jurídico da união estável e relação homoafetiva concomitantes, para efeitos **previdenciários**.[28]

20. TSE – REsp. Eleitoral 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/10/2004.
21. STF – Tema 61: A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7.º do artigo 14 da Constituição Federal.
22. STJ – REsp 889.852/RS, 4ª T., Rel. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.
23. STF – ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.
24. TJRS – AC 70048452643, 8ª C. Cív., Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 27/09/2012.
25. STJ – REsp 1.183.378-RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.
26. CNJ – Resolução 175/2013.
27. Rosa Maria de Andrade Nery, Manual de Direito Civil: Família, 197.
28. STF – Tema 529: Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte.

Provimento do Conselho Nacional da Justiça[29] autoriza o **registro** das uniões estáveis, inclusive entre pessoas do mesmo sexo, no Livro "E" do Registro Civil das Pessoas Naturais, do domicílio dos companheiros. Tanto as uniões formalizadas por escritura pública como em decorrência de decisão judicial, podem ser registradas não só a constituição, mas também a sua dissolução.

Por decisão vinculante do STF, foi garantido aos **transgêneros** o direito à alteração do nome e da identidade de gênero em sede administrativa, diretamente junto ao Cartório do Registro Civil, por autodeclaração, sem a necessidade de se submeterem à redesignação sexual ou à hormonioterapia.[30]

O STF[31] reconheceu a omissão do legislador em criminalizar a **homofobia** e a **transfobia** e determinou que tais condutas sejam punidas

29. CNJ – Provimento 37/2014.

30. STF – Tema 761: I) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial quanto diretamente pela via administrativa; II) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo "transgênero"; III) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; IV) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

31. Mandado de injunção. Dever do estado de criminalizar as condutas atentatórias dos direitos fundamentais. Homotransfobia. Discriminação inconstitucional. Omissão do congresso nacional. Mandado de injunção julgado procedente. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertence a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida à pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. 6. Mandado de in-

pela **Lei do Racismo** (Lei 7.716/1986), que prevê outros **crimes de ódio**: discriminação ou preconceito por raça, cor, etnia, religião e procedência nacional. As penas são de um a cinco anos de prisão.

O racismo é crime **inafiançável** e **imprescritível** (CR 5º XLII). Assim também deve ser reconhecida a homotransfobia.

LEITURA COMPLEMENTAR

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006:* Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BÜRGER, Marcelo L. Francisco de Macedo. Guarda, visitas e alimentos nas famílias homoparentais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 381-398.

CHAVES, Marianna. Famílias ectogenéticas: os limites jurídicos para utilização de técnicas de reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família*: famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 309-340.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 7 ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

______ (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. *O estatuto jurídico das relações homoafetivas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade. Da possibilidade jurídica do casamento civil. Da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 3 ed. Bauru: Possetto, 2019.

junção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/1989 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. (STF – MI 4.733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 13/06/2019).

26

FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

Sumário: 26.1. Relacionamentos simultâneos – **26.2.** Família invisível – **26.3.** Sociedade de afeto e não de fato – **26.4.** Aspectos patrimoniais – **26.6.** Poliafetividade – **26.6.** Inconstitucionalidade da diferenciação – Leitura complementar.

Referências legais: CR 226 § 3.º; CC 1.727.

26.1 RELACIONAMENTOS SIMULTÂNEOS

Existe uma realidade muito mais frequente do que se imagina. E como é uma prática eminentemente – ou melhor, exclusivamente – masculina, sempre foi tolerada pela sociedade, ainda tão machista. Aliás, mais do que aceita. Sempre foi incentivada como prova de virilidade e sucesso pessoal, sendo alvo da inveja e admiração dos demais homens. Trata-se da mantença de uniões simultâneas: um homem e duas mulheres, duas famílias, muitas vezes ambas com prole. Um casamento e uma união estável ou duas uniões estáveis. As mulheres consideradas "não oficiais", que se submetem, toleram ou sequer são sabedoras da duplicidade de vida de seus parceiros, são alvo da execração pública, principalmente por parte das outras mulheres. Elas é que são as punidas, ainda que a postura desleal, infiel, seja do homem.

No imaginário social ainda prepondera a ideia de que as relações paralelas ao casamento se caracterizam pelo triângulo amoroso formado pelo mito, no qual a esposa é santificada, o marido é vitimizado e, a "outra", por conseguinte, satanizada. A despeito da resistência social à ideia, esta é uma realidade que existe e permanece sob os estigmas do preconceito, recebendo, por essa razão, tratamento marginalizado, como se, "fechando os olhos" fosse possível reduzir ou até exterminar a existência e continuidade de tais relações.[1]

1. Letícia Ferrarini, Famílias Simultâneas e seus efeitos jurídicos, 85.

O conceito de família não é algo cristalizado no tempo, e o Direito deve acompanhar as mudanças sociais. A sociedade não cabe na norma, esta é que deve retratar a sociedade, em constante modificação.

Alerta Giselda Hironaka que é preciso ter muito cuidado para não confundir o que pode (e deve) ser reconhecido como famílias paralelas com outros relacionamentos nos quais não compareça o requisito da coexistência, importante elemento de destaque, caracterizador de uma entidade familiar. Coexistir, em sede de Direito das Famílias, não quer dizer, exatamente, viver todos os dias sob o mesmo teto. A noção de coexistência, por isso, tem muito mais conexão com a estabilidade dos sentimentos, com a afetividade enquanto valor jurídico e com a publicidade e a ostensibilidade da convivência. Nem mesmo para as entidades familiares (de conjugalidade) reconhecidas pela Constituição – casamento e união estável – há exigência de convivência sob o mesmo teto.[2]

As expressões para identificar a concomitância de entidades familiares são muitas, todas pejorativas. O **concubinato** chamado de adulterino, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé e até de concubinagem, é alvo do repúdio social, legal e judicial. Mas nem assim essas uniões deixam de existir, e em larga escala. A doutrina insiste em negar-lhes efeitos positivos na esfera jurídica.[3] No entanto, não lhes outorgar quaisquer direitos, o que atenta contra a dignidade dos partícipes e dos filhos porventura existentes.

Há posicionamentos dos mais diversos sobre o tema, quer em sede doutrinária, quer jurisprudencial, a evidenciar a ausência de uma orientação uniforme. Enunciado do IBDFAM reconhece efeitos jurídicos às famílias paralelas.[4] E, como diz Giselda Hironaka, a família paralela ou simultânea não é família inventada. Nem é família amoral ou imoral, nem aética, nem ilícita. É família, e como tal, também procura o seu reconhecimento social e jurídico, assim como os consequentes direitos advindos dessa sua visibilidade na vida social e no sistema de direito brasileiro.[5]

As uniões simultâneas não são proibidas. Nem infringem o dogma da **monogamia**. Sequer configuram o crime de **bigamia** (CP 235), pois proibida é a ocorrência de dois casamentos. No entanto, todos resistem em emprestar efeitos jurídicos ao relacionamento, ainda que presentes as

2. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Famílias paralelas, 66.
3. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 261.
4. IBDFAM – Enunciado 4: A constituição de entidade familiar paralela pode gerar efeito jurídico.
5. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Famílias paralelas, 63-64.

características de ostensividade, publicidade e continuidade. Vez por outra, é exigido que a companheira afirme desconhecer a existência do casamento e a nomina de **união estável putativa de boa-fé**. Ou reconhece a união concomitante, se a esposa sabia do relacionamento paralelo do marido, caso em que é dividido o patrimônio entre os três: **triação**.

O **Código Civil** continua punindo a concubina cúmplice de um adultério, negando-lhe os direitos assegurados à companheira na união estável. Ao contrário do que dizem muitos – e do que tenta dizer a lei (CC 1.727) –, o só fato de serem relacionamentos afetivos que não são conversíveis em casamento, não significa que mereçam ficar fora do âmbito do Direito das Famílias. São relações que geram consequências merecedoras de tutela, principalmente quando existem filhos ou aquisição de patrimônio.

26.2. FAMÍLIA INVISÍVEL

A corrente mais **conservadora**, invocando o princípio monogâmico – que princípio não é – e os deveres de lealdade e fidelidade, nega a existência das uniões estáveis mantidas paralelamente ao casamento e a possibilidade de concessão de qualquer direito aos parceiros. A dificuldade de se reconhecer e legitimar as famílias simultâneas são de ordem moral e não ética.[6] E, ao contrário do raciocínio moralista, o não reconhecimento é um prêmio a quem escolhe ter uma segunda ou terceira família, já que seu patrimônio fica "blindado" pelo casamento.[7]

A legislação tem se mostrado incapaz de acompanhar a evolução, a velocidade e a complexidade dos demais modelos de núcleos familiares. Somente reconhece a união estável monogâmica. A jurisprudência prefere condenar as uniões simultâneas à invisibilidade, negando a existência de qualquer direito ou obrigação a quem compartilha a vida, mas sem exclusividade. Como esta é uma postura masculina, acabam os homens sendo incentivados a manterem duplos relacionamentos. Afirma com razão Carlos Pianovski, que o direito não pode se colocar como alheio às pretensões de felicidade coexistencial dessas pessoas: se a violação da boa-fé pode obstar, por conta do sentido ético que dele emerge, a produção de certos efeitos, esse mesmo sentido ético se coloca, quando a boa-fé resta plenamente atendida, a impor eficácia jurídica à situação de simultaneidade.[8]

6. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito das Famílias, 35.
7. Marcos Alves da Silva, Da monogamia:..., 181.
8. Carlos Eduardo Pianoviski Ruzyk, Famílias simultâneas e monogamia, 215.

O Código Civil traz o conceito de **concubinato** (CC 1.727): *As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.* Só que, em nenhum momento é afirmado que tais relacionamentos não geram qualquer direito, não constituem uma entidade familiar.

No entanto, é imposto aos concubinos o dever de **mútua assistência**. O concubinato de que recebia alimentos faz cessar a obrigação de prestar alimentos (CC 1.708): *Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.*

A quem quer negar efeitos jurídicos, justificativas não faltam. A alegação é de que distinguir concubinato adulterino e união estável busca manter coerência com o preceito ordenador da **monogamia**. Mas, como bem observa Carlos Eduardo Ruzyk, a monogamia não é um princípio do direito estatal da família, mas uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado. No entanto, descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade contra formações conjugais plurais não constituídas sob a égide legal. Isso não significa, porém, que alguém que constitua famílias simultâneas, por meio de múltiplas conjugalidades, esteja, de antemão, alheio a qualquer eficácia jurídica. Principalmente, quando a pluralidade é pública e ostensiva, e ambas as famílias se mantêm íntegras, a simultaneidade não é desleal.[9] O que afronta a ética e infringe o princípio da boa-fé é ignorar a existência dos deveres familiares perante ambas as famílias.

Outro fundamento de grande voga é que o Estado não pode dar proteção a mais de uma família ao mesmo tempo. A lógica desse raciocínio privilegia o infiel e dispõe de caráter nitidamente punitivo: aquele que opta por se relacionar com alguém impedido de casar, em razão de já ser casado, deve se responsabilizar por sua escolha e consequências.[10] Também serve de justificativa o fato de a lei reconhecer a anulabilidade das **doações** promovidas pelo cônjuge adúltero ao seu **cúmplice** (CC 550) e a revogabilidade das transferências de bens feitas ao **concubino** (CC 1.642 V). De qualquer modo, as expressões "cúmplice" e "concubino", constantes desses dispositivos legais, devem ser tomadas com cuidado. Em muitos casos a relação com o doador tem os moldes de uma entidade familiar.

---

9. Idem, 221.
10. Idem, 264.

26.3. SOCIEDADE DE AFETO E NÃO DE FATO

Historicamente, a maneira como o direito sempre tratou a convivência afastada do casamento foi não permitir ser chamada de família ou ingressar no âmbito do Direito das Famílias. Mesmo enquanto o casamento era indissolúvel, as relações extramatrimoniais recebiam o rótulo de sociedade de fato. Depois da constitucionalização das uniões estáveis, o mesmo aconteceu com as uniões homoafetivas, que também eram assim chamadas para ficarem fora do conceito de família. Tal perdurou até o Supremo Tribunal Federal reconhecê-las como uniões estáveis.

Da mesma sina ainda sofrem os vínculos simultâneos, que a Justiça insiste em não reconhecer como uniões estáveis. Chama de sociedade de fato o que nada mais é do que uma sociedade de afeto. Ainda assim se perquire se a mulher tinha ou não conhecimento da vida paralela do companheiro. Somente na hipótese de ela alegar desconhecimento da duplicidade de vidas do varão é que a Justiça aloca o vínculo no **direito obrigacional** e lá o trata como sociedades de fato. Ainda que a Súmula do STF[11] tenha sido editada antes da constitucionalização das uniões estáveis para contemplar as relações extramatrimoniais, nada justifica a impossibilidade de ser invocada em se tratando de união paralela. Afinal, atende ao mesmo propósito: evitar o enriquecimento sem causa de um à custa do outro.

A tendência, ainda, é somente reconhecer direitos à mulher se ela alegar que **não sabia** da infidelidade do parceiro. Isto é, para ser amparada pelo direito precisa valer-se de uma inverdade, pois se confessar que desconfiava ou sabia da traição, recebe um solene: bem feito! Quem mandou se meter com homem casado![12]

11. STF – Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

12. Ação de reconhecimento de união estável *post mortem*. União não comprovada. Existência de filhos. Prova insuficiente. União estável putativa. Boa-fé. Não comprovação da separação de fato do de cujus com sua legítima esposa e da constituição de outra família. Sentença mantida. 1. Os requisitos para caracterizar a comunhão de vidas são a convivência duradoura, pública e continua entre um homem e uma mulher com o objetivo de constituição de família e a ausência de impedimentos para casar. 2. Não comprovado que a autora e o *de cujus* mantiveram convivência duradoura, pública e contínua como se casados fossem durante o período apontado, não há que se reconhecer a união estável *post mortem*. 3. O fato de a autora ter dois filhos com o falecido, por si só, não é suficiente para configurar a união estável afirmada. 4. Não é possível reconhecer a união estável, ainda que putativa, quando as provas constantes dos autos evidenciam que a autora sabia que o falecido era casado e

Essa solução, à primeira vista, parece prestigiar a **boa-fé** de quem diz ter sido enganado. No entanto, só é exigida a boa-fé de um dos integrantes do "triângulo amoroso": da "outra". Condenada por cumplicidade, ela é punida pelo adultério que foi cometido por ele. A esposa saber do relacionamento do marido não tem qualquer significado. Continua privilegiada. O que é uma hipocrisia.

Já o homem que foi infiel, desleal a duas mulheres é "absolvido". Nada lhe é imposto. Permanece com a titularidade patrimonial, além de desonerado da obrigação de sustento para com quem lhe dedicou a vida. Assim, uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas do âmbito da tutela jurídica.

Perquirir a **boa** ou **má-fé** é tarefa complexa, além de haver o perigo de se cair no puro subjetivismo. A linha, a fronteira a partir de onde a boa-fé passa a ser má é por demais tênue, podendo ser praticamente invisível, inalcançável, imperceptível. Dessa maneira, o companheirismo – seja classificado como de boa ou má-fé – deve ser considerado entidade familiar.[13] Ora, se são emprestados efeitos ao casamento **putativo** quando contraído de boa-fé, indispensável reconhecer a mesma qualificação à união estável com relação ao convivente de boa-fé. Ou seja, quando preenchidos os requisitos da união estável – ostentabilidade, publicidade e durabilidade – e comprovada a boa-fé de um dos parceiros, invoca-se a analogia ao casamento putativo.[14]

---

coabitava com a esposa, enquanto mantinha um relacionamento amoroso consigo. 5. Apelação conhecida, mas não provida. Unânime. (TJDF – AC 20150110316845 – 0004782-11.2015.8.07.0016, 3ª T. Cív., Rel. Fátima Rafael, j. 20/06/2018).

13. Marianna Chaves, Famílias paralelas, 53.

14. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável *post mortem*. Autora que alega convivência com o *de cujus* por dezoito anos, com quem teve dois filhos. Sentença de procedência declarando a ocorrência de união estável. Relacionamentos simultâneos. Descabimento. Acervo probatório atesta que a relação entre a apelada e o falecido não era um simples namoro, pois os mesmos mantiveram relacionamento estável. Apelada estava de boa-fé e acreditava manter relacionamento livre de quaisquer impedimentos legais. Reconhecimento de união estável putativa mantido nos moldes dos artigos 1.723 C/C 1561 do Código Civil. [...] A união estável putativa nada mais é do que uma interpretação analógica ao casamento putativo, que resguarda os efeitos conferidos a união estável quando um dos companheiros, agindo de boa-fé, acreditava manter um relacionamento livre de quaisquer impedimentos. Ou ainda, é aquela união em que pelo menos um dos companheiros esteja de boa-fé, ou seja, desconheça que exista algum impeditivo legal para sua caracterização. (STJ – REsp 1741120 RJ 2018/0113348-0, Rel. Min. Lázaro Guimarães, 08/08/2018).

Não há como negar que são **relações de afeto** que geram efeitos jurídicos. A repulsa a tais vínculos não os faz desaparecer, e só privilegia o homem: concede ao infiel verdadeira carta de alforria, pois tudo pode fazer e nada pode lhe ser exigido. Presentes os requisitos legais, a Justiça não pode deixar de reconhecer que configuram união estável, sob pena de dar uma resposta que afronta a **ética**, chancelando o **enriquecimento injustificado**. Depois de anos de convívio, descabido que o varão deixe a relação sem qualquer responsabilidade pelo fato de ele – e não ela – ter sido infiel.

A posição mais rente à realidade da vida é a que reconhece todas as uniões, ainda que concomitantes, como uniões estáveis, bastando a comprovação dos requisitos legais (CC 1.723).[15] Negar a existência de famílias simultâneas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente tentar fazê-las desaparecer.[16] Com isso

---

15. Ação declaratória de união estável pós morte (*sic*). Casamento e união estável concomitantes. Separação de fato não comprovada. União estável configurada. Reconhecimento. Possibilidade. Famílias paralelas. Fenômeno frequente. Proteção estatal. Reforma da sentença. Apelação provida. I – O reconhecimento da união estável exige demonstração de convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família, bem como que inexistam impedimentos à constituição dessa relação. Inteligência dos artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil. II – No caso sob análise, tem-se que o *de cujus*, mesmo não estando separado de fato da esposa, manteve união estável com a apelante por mais de 15 (quinze) anos, o que caracteriza a família paralela, fenômeno de frequência significativa na realidade brasileira. O não reconhecimento de seus efeitos jurídicos traz como consequências severas injustiças. IV – O Des. Lourival Serejo pondera: "Se o nosso Código Civil optou por desconhecer uma realidade que se apresenta reiteradamente, a justiça precisa ter sensibilidade suficiente para encontrar uma resposta satisfatória a quem clama por sua intervenção". V – O comando sentencial deve ser reformado para o fim de reconhecer a união estável. VI – Apelação provida, contrariando o parecer ministerial. (TJMA – AC 0000632015 MA 0049950-05.2012.8.10.0001, 2ª C. Cív., Rel. Marcelo Carvalho Silva, j. 26/05/2015).

16. Pedido de concessão de pensão por morte. Concomitância de convivência entre esposa e companheira com o de cujus quando em vida. Sentença que julgou improcedente a pretensão autoral. União estável putativa. Prova oral e documental que evidencia a existência de duplicidade de uniões. Sentença reformada. Incidência da súmula 380 do STF. Rateio entre concubina e esposa. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime. O conceito de certo e errado é completamente relativo. Por essa razão, não abro mão da ideia de que ao chamado concubinato podem ser aplicadas as mesmas regras da união estável, já que essa modalidade de relação deve, sim, ser vista como entidade familiar pela realidade fática e social que dela emanam. Os princípios da dignidade da pessoa humana, da responsabilidade, da pluralidade das formas de família, quando aliados ou em confronto com o da monogamia em cada caso concreto, se sobressaem e acabam por autorizar a atribuição e distribuição de direitos às famílias paralelas. (TJ-AL – APL: 05008854120078020046

a Justiça acaba cometendo enormes injustiças. Mas as resistências ainda são grandes. Nem o STJ[17] nem o STF[18] admitem a existência das uniões paralelas. Porém merece destaque trecho do voto vista do Min. Ayres Brito: *Companheiro como situação jurídica ativa de quem mantinha com o segurado falecido uma relação doméstica de franca estabilidade ("união estável"). Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do concubinato. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de "filhos concubinários". Designação pejorativa, essa, incontrolavelmente agressora do enunciado constitucional de que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. [...] a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família,*

AL 0500885-41.2007.8.02.0046, 1ª C. Cív., Rel. Des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo, j. 04/02/2016).

17. Recurso especial. Família. Ação de reconhecimento de união estável. Relação concomitante. Dever de fidelidade. Intenção de constituir família. Ausência. Artigos analisados: arts. 1º e 2º da Lei 9.278/96. [...] 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo *de cujus*, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido. (STJ – REsp 1.348.458/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08/05/2014).

18. STF – RE 397.762/BA, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03/06/2008.

pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração "é terra de ninguém".

Em 2012 houve o reconhecimento de **repercussão geral** sobre as uniões estáveis concomitantes,[19] mas até hoje não houve o julgamento. Enquanto isso o STJ, de modo uniforme e por decisões monocráticas negam sua existência.[20]

No entanto, no âmbito da justiça estadual e federal existem decisões que reconhecem a existência de uniões concomitantes. Há juízes que enxergam o que está diante dos olhos e que poucos têm coragem de ver. Emprestar consequências jurídicas à afetividade, atribuir deveres e obrigações, é impor comportamento **ético**, a quem desrespeitou os deveres de fidelidade e lealdade. Quer seja um casamento e uma união estável.[21] Quer sejam duas

---

19. Previdenciário. União estável homoafetiva. Uniões estáveis concomitantes. Presença da repercussão geral das questões constitucionais discutidas. Possuem repercussão geral as questões constitucionais alusivas à possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável homoafetiva ■ à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes. (STF – ARE 656.298 RG/SE, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. 08/03/2012).

20. STJ – AREsp 1303148 SP 2018/0131871-0, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJ 14/08/2018.

21. União estável. Relacionamento paralelo ao casamento. As provas carreadas aos autos dão conta que o *de cujus*, mesmo não estando separado de fato da esposa, manteve união estável com a autora por mais de vinte anos. Ação declaratória de união estável. Sentença pela improcedência do pedido. Relacionamento afetivo paralelo a casamento. Apelação cível. Teses. Objetivo de constituir família. Prole comum. Relação contínua. Pública e duradoura. Aproximados 30 (trinta) anos de convivência. Possibilidade de reconhecimento face às peculiaridades do caso concreto. Presentes os requisitos caracterizadores da união estável. Interpretação do código civil de 2002 de acordo com a doutrina de Miguel Reale. Medida que visa evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes. Precedentes jurisprudenciais. I – Os relatos demonstram, de forma inequívoca, que entre o falecido e a apelante houve comunhão de vida e esforços por aproximadamente 30 anos, coabitação, prole comum e dependência econômica. E por isso, ainda que o falecido tenha permanecido casado com ■ apelada, a qual tinha plena ciência da existência do contínuo relacionamento extraconjugal de seu marido, é viável reconhecer a união estável entre ele e a recorrente. II – Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal em construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o *de cujus*, à época, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de direito de família. III – Entender o contrário seria estabelecer um retrocesso em

uniões estáveis simultâneas.[22] Principalmente quando em relação a ambas não existem impedimentos para o casamento.[23] O reconhecimento pode ocorrer *post mortem*.[24] O só fato de ser duplo relacionamento não pode

---

relação às lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e social. IV – Precedentes jurisprudenciais. V – Recurso conhecido e provido. Decisão unânime. (TJAL – AC 2010.000284-7, 2ª C. Cív., Rel. Maria Valéria Lins Calheiros, j. 28/07/2014).

22. Reconhecimento e de união estável *post mortem*. Uniões estáveis simultâneas. Possibilidade. Apelo provido. 1. Para a caracterização da união estável é preciso que esteja configurada, de forma inequívoca, a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família. 2. No caso, do conjunto probatório documental e testemunhal trazido aos autos, constata-se que a postulante alcançou êxito ao comprovar a convivência familiar. 3. A existência de uniões estáveis simultâneas tem se tornado cada dia mais comum na sociedade atual, tendo jurisprudência se orientado no sentido de reconhecer entidade familiar em ambos os relacionamentos, desde que presentes os traços característicos dessas uniões. 4. Apelo conhecido e provido. (TJBA – AP 0017670-24.2009.8.05.0001, 3ª C. Cív., Rel. Des. Ivanilton Santos da Silva, j. 18/06/2019).

23. [...] Uniões estáveis simultâneas. Reconhecimento. Apelo provido. 1. Estando demonstrada, no plano dos fatos, a coexistência de duas relações afetivas públicas, duradouras e contínuas, mantidas com a finalidade de constituir família, é devido o seu reconhecimento jurídico à conta de uniões estáveis, sob pena de negar a ambas a proteção do direito. 2. Ausentes os impedimentos previstos no art. 1.521 do Código Civil, a caracterização da união estável paralela como concubinato somente decorreria da aplicação analógica do art. 1.727 da mesma Lei, o que implicaria ofensa ao postulado hermenêutico que veda o emprego da analogia para a restrição de direitos. 3. Os princípios do moderno Direito de Família, alicerçados na Constituição de 1988, consagram uma noção ampliativa e inclusiva da entidade familiar, que se caracteriza, diante do arcabouço normativo constitucional, como o lócus institucional para a concretização de direitos fundamentais. Entendimento do STF na análise das uniões homoafetivas (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ). 4. Numa democracia pluralista, o sistema jurídico-positivo deve acolher as multifárias manifestações familiares cultivadas no meio social, abstendo-se de, pela defesa de um conceito restritivo de família, pretender controlar a conduta dos indivíduos no campo afetivo. 5. Apelo provido. [...] (TJPE – AC 0015230-22.2009.8.17.0001, 5ª C. Cív., Rel. Des. José Fernandes de Lemos, j. 15/07/2016).

24. Ação de declaração de união estável *post mortem*. Falecido que manteve uniões duradouras com a ora autora e a ora ré. [...] Possibilidade jurídica do reconhecimento de famílias simultâneas. Relacionamento entre a autora, ora apelante, e o falecido que se enquadra nos requisitos de uma entidade familiar. Equiparação do concubinato não adulterino à união estável para produção de efeitos jurídicos. [...] II – É família toda união de pessoas em respeito e consideração mútuos, com ostensividade e publicidade, com o objetivo de comunhão de vida, mútua assistência moral e material, e de serem reconhecidos pela comunidade como uma família. Assim, sempre que um núcleo for formado por pessoas que se enquadrem em tais requisitos, deve ser reconhecida a configuração de uma família, independente da qualificação que se dê a esta: se

gerar a irresponsabilidade de quem assim age.[25] Também quando não for reconhecido *dolus mallus* do falecido.[26]

26.4. POLIAFETIVIDADE

Ninguém duvida que em um coração cabe mais de um amor. A prova é a existência de uniões simultâneas que a Justiça começou a reconhecer e a atribuir consequências jurídicas, responsabilizando quem ama mais de uma pessoa. Mantém um casamento e uma união estável ou duas ou mais uniões estáveis. Duas famílias, duas casas, duas entidades familiares com todas as características legais. De fato, os homens são seres desdobráveis!

---

formada por um casamento, por uma união estável ou por um concubinato estável (espécies do gênero "família"). III – é cristalina a constatação, pelas provas dos autos, de que o falecido soube manter com discrição e profundidade dois relacionamentos paralelos, não misturando os círculos sociais de entorno a cada composição familiar. Apelação provida. (TJMA – AC 0393812014 MA 0015505-24.2013.8.10.0001, 3ª C. Cív., Rel. Des. Jamil De Miranda Gedeon Neto, j. 12/03/2015).

25. Ação declaratória de união estável *post mortem*. Casamento e união estável simultâneos. Reconhecimento. Possibilidade. Provimento. 1. Ainda que de forma incipiente, doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a juridicidade das chamadas famílias paralelas, como aquelas que se formam concomitantemente ao casamento ou à união estável. 2. A força dos fatos surge como situações novas que reclamam acolhida jurídica para não ficarem no limbo da exclusão. Dentre esses casos, estão exatamente as famílias paralelas, que vicejam ao lado das famílias matrimonializadas. 3. Para a familiarista Giselda Hironaka, a família paralela não é uma família inventada, nem é família imoral, amoral ou aética, nem ilícita. E continua, com esta lição: Na verdade, são famílias estigmatizadas, socialmente falando. O segundo núcleo ainda hoje é concebido como estritamente adulterino, e, por isso, de certa forma perigoso, moralmente reprovável e até maligno. A concepção é generalizada e cada caso não é considerado por si só, com suas peculiaridades próprias. É como se todas as situações de simultaneidade fossem iguais, malignas e inseridas num único e exclusivo contexto. O triângulo amoroso sub-reptício, demolidor do relacionamento número um, sólido e perfeito, é o quadro que sempre está à frente do pensamento geral, quando se refere a famílias paralelas. O preconceito – ainda que amenizado nos dias atuais, sem dúvida – ainda existe na roda social, o que também dificulta o seu reconhecimento na roda judicial. 4. Havendo nos autos elementos suficientes ao reconhecimento da existência de união estável entre a apelante e o de cujus, o caso é de procedência do pedido formulado em ação declaratória. 5. Apelação cível provida. (TJMA – AC 19048/2013, 3ª C. Cív., Rel. Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa, j. 10/07/2014).

26. União simultânea. União estável. Prova do período de união e casamento restabelecido. A prova dos autos demonstra a existência de união estável entre a autora e o *de cujus* em período anterior ao restabelecimento do casamento dele. União essa que se manteve até o falecimento do companheiro. Negaram provimento ao apelo. (TJRS – AC 70077041325, 8ª C. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 16/08/2018).

Embora se assemelhem, a união poliafetiva se distingue da **união simultânea**. Nestas, nem sempre as pessoas têm conhecimento da outra relação. Geralmente acontece na clandestinidade, ou seja, uma não sabe que o marido ou companheiro tem outra relação. Em alguns casos tem-se uma família paralela, em outros apenas uma relação de amantes, da qual não há consequências jurídicas.[27] Quando o vínculo de convivência acontece sob o **mesmo teto**, não é possível se chamar de uniões paralelas. Daí o nome união poliafetiva, ou poliamor. Trata-se de uma interação recíproca, constituindo família ou não. Todos os envolvidos compartilham entre si o afeto.[28]

Essas uniões nunca foram visibilizadas. Não aceitas pela sociedade nem contempladas no sistema jurídico. Por isso, quando uma tabeliã lavrou uma **escritura pública declaratória de união poliafetiva** entre um homem e duas mulheres,[29] tal fato repercutiu como uma bomba. Foi considerada por muitos como nula, inexistente, além de indecente, é claro. E acabou o documento rotulado como verdadeira afronta à moral e aos bons costumes.

A partir desta, seguiram-se outras, o que ensejou a **recomendação do CNJ**[30] para que os tabeliões se abstivessem de lavrá-las, até a matéria ser regulamentada.

Muitos são os argumentos invocados para negar efeitos jurídicos ao poliamor. A alegação é afronta ao princípio da monogamia, desrespeito ao dever de fidelidade. Mas, com certeza, a rejeição decorre muito mais do medo que as pessoas têm das próprias fantasias. Ora, descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade frente a formações conjugais plurais e, muito menos, subtrair qualquer efeito à manifestação de vontade firmada livremente pelos seus integrantes, com o só intuito de assumir obrigações recíprocas.

Eventual rejeição de ordem moral ou religiosa à dupla conjugalidade não pode gerar proveito indevido ou enriquecimento injustificável de um ou de mais de um frente aos outros partícipes da união. Negar que as famílias poliafetivas constituem uma entidade familiar é simplesmente impor-lhes a exclusão de todos os direitos no âmbito do Direito das Famílias e das Sucessões. Pelo jeito, nenhum de seus integrantes poderia receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Nem seria possível invocar sequer o direito societário para o reconhecimento de uma **sociedade de**

27. Rodrigo da Cunha Pereira, União estável. 233.
28. Idem, Dicionário de Direito de Família..., 705.
29. Escritura lavrada em 13/02/2012, na cidade de Tupã-SP.
30. CNJ – Pedido de Providências (PP 0001459-08.2016.2.00.0000), Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26/06/2018.

fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância, mediante a prova da participação efetiva de cada um na constituição do acervo patrimonial.

Há que se reconhecer como transparente e honesta a instrumentalização da livre manifestação de vontade de todos, quanto aos efeitos da relação mantida a três. Lealdade não lhes falta ao manifestarem o desejo de assumirem direitos e deveres mútuos, a evidenciar a postura ética dos firmatários.

De todo descabido impedir que seja lavrada uma escritura pública. Nada afeta sua validade. Aliás, o documento particular firmado pelos contraentes e duas testemunhas, dispõe de igual eficácia. De qualquer modo, podem firmar dois ou três instrumentos declaratórios de uniões dúplices, sem que a Justiça possa eleger um dos relacionamentos como válido e negar a existência das demais manifestações. Não se poderia falar em **adultério** e eventual anulabilidade de doações feitas entre eles (CC 550) ou em revogabilidade de recíprocas transferências de bens (CC 1.642 V).

Como o fato social existe, os direitos fundamentais devem ser assegurados. O reconhecimento jurídico pressupõe a positivação dos direitos fundamentais intrínsecos aos envolvidos, seja a igualdade, liberdade, autonomia da vontade, solidariedade, o principal é que cada um guarde a sua dignidade da pessoa humana que se consubstancia em se sentir parte do seu país seja qual for a forma escolhida para demonstração do amor. É chegado o momento das uniões poliafetivas conquistarem seu espaço no âmbito jurídico.[31]

Não havendo prejuízo a ninguém, não há como negar o direito de as pessoas viverem como quiserem e da forma que desejarem.

26.5. ASPECTOS PATRIMONIAIS

Reconhecer uniões simultâneas ou poliafetivas como simples **sociedade de fato**, é uma mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade. Por fim, desconsiderar a participação do companheiro casado na relação concubinária, para entendê-la como monoparental em havendo filhos, ofende o princípio da livre escolha da entidade familiar. Estar-se-ia diante de uma entidade monoparental imposta.[32]

31. Aline Barradas Carneiro Santos e outros, Direito das Famílias na Contemporaneidade:..., 152.

32. Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, Famílias simultâneas..., 159.

Mesmo nominadas como simples sociedades de fato, a competência é das **varas de família** para apreciar as ações judiciais de reconhecimento das uniões simultâneas ou concomitantes. É indispensável a **citação** do cônjuge ou companheiro do outro relacionamento. Cuida-se de **litisconsórcio necessário.**[33] Quer a ação vise alimentos, partilha de bens ou benefício previdenciário.[34]

É necessário saber se havia casamento e união estável, ou se ambas as uniões eram extramatrimoniais.

Verificadas duas comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades.[35] São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes com prole comum, e há construção patrimonial conjunta. Não ver essas relações, não lhes outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes. Como não mais admite a Constituição tratamento discriminatório dos filhos, negar à mãe os direitos decorrentes da união que ela manteve com o genitor é **excluir o direito sucessório da prole comum**. Ou seja, deixar de reconhecer o direito da mãe, pela via inversa e reflexamente, é não reconhecer o direito que o filho terá à herança dela. Assim, mesmo que o filho não mais possa ser considerado ilegítimo, acaba sujeitando-se a tratamento diferenciado, que a Justiça não pode chancelar.

33. União estável. Casamento. Concomitância. Litisconsórcio necessário unitário. Natureza da relação jurídica. Sentença: nulidade. 1. Na ação de reconhecimento de união estável ajuizada em face de pessoa casada, é necessário o litisconsórcio passivo com o cônjuge. 2. A questão da natureza jurídica do relacionamento em união estável concomitante com o casamento deve ser decidida de modo uniforme entre o/a companheiro(a) e o/a esposo(a). 3. É nula a sentença proferida sem a integração do contraditório, se a decisão deve ser uniforme em relação a todos os litisconsortes. (TJMG – AC 10629170016014001, Rel. Oliveira Firmo, j. 19/02/2019).

34. Recurso especial. Reconhecimento e dissolução de união estável com divisão de patrimônio e instituição de alimentos. Controvérsia de união estável em concomitância com casamento. Efeitos da coisa julgada. Necessidade de integração do cônjuge interessado na lide. 1. Nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil de 1973, nas causas relativas ao estado de pessoa, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros se todos os interessados houverem sido citados no processo. 2. Sendo o réu casado, em regra deve a esposa ser citada da demanda em que postulado o reconhecimento de união estável. Precedentes. 3. Necessidade de citação especialmente evidenciada, no caso, em que a tese veiculada pelo réu é a de que durante o período de união estável ainda estava casado e convivendo maritalmente com a esposa, pretendendo a autora, ademais, a partilha de bens adquiridos na constância do casamento. 4. Recurso especial provido. (STJ – REsp 1.658.903/RN (2016/0303616-6), 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 28/11/2017).

35. Carlos Eduardo Pianoviski Ruzyk, Famílias simultâneas e monogamia, 200.

Quem mantém vínculos afetivos simultâneos pelo fato de ser alvo da reprovação social, não pode ser beneficiado. Não cabe, simplesmente, ver-se desobrigado com relação a um ou a ambos os vínculos afetivos, o que gera gerando o enriquecimento sem causa.

Também cabe distinguir se houve **rompimento** de uma das uniões ou se a dissolução ocorreu por **falecimento** de um dos partícipes.

Finda a relação, comprovada a concomitância com um **casamento**, impõe-se a divisão do patrimônio acrescido durante o período de mantença do dúplice vínculo. É necessária a preservação da meação da esposa,[36] que se transforma em **bem reservado**, ou seja, torna-se incomunicável. A meação do varão será dividida com a companheira, com referência aos bens adquiridos durante o período de convívio. O mesmo cálculo vale em se tratando de duas ou mais **uniões estáveis paralelas**, quando uma é constituída muito antes que a outra.

Caso não se consiga definir uma relação como prevalente – **quer sejam paralelas**, quer **poliafetivas** – cabe a divisão do acervo patrimonial amealhado durante o período de convívio em **três partes iguais**, restando um terço para o varão e um terço para cada uma das companheiras. Cada um tem direito ao que Rui Portanova chama de **triação,**[37] expressão que vem sendo adotada pela jurisprudência.[38]

36. Como essa espécie de relacionamento é mantida por homens, os exemplos reproduzem o cotidiano.

37. TJRS – AC 70039284542, 8ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 23/12/2010.

38. Uniões estáveis simultâneas. Reconhecimento. Partilha de bens. Triação. 1. Estando demonstrada, no plano dos fatos, a coexistência de duas relações afetivas públicas, duradouras e contínuas, mantidas com a finalidade de constituir família, é devido o seu reconhecimento jurídico à conta de uniões estáveis, sob pena de negar a ambas a proteção do direito. 2. Ausentes os impedimentos previstos no art. 1.521 do Código Civil, a caracterização da união estável paralela como concubinato somente decorreria da aplicação analógica do art. 1.727 da mesma lei, o que implicaria ofensa ao postulado hermenêutico que veda o emprego da analogia para a restrição de direitos. 3. Os princípios do moderno direito de família, alicerçados na Constituição de 1988, consagram uma noção ampliativa e inclusiva da entidade familiar, que se caracteriza, diante do arcabouço normativo constitucional, como o lócus institucional para a concretização de direitos fundamentais. Entendimento do STF na análise das uniões homoafetivas (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ). 4. Numa democracia pluralista, o sistema jurídico-positivo deve acolher as multifárias manifestações familiares cultivadas no meio social, abstendo-se de, pela defesa de um conceito restritivo de família, pretender controlar a conduta dos indivíduos no campo afetivo. 5. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o companheiro. Meação que se transmuda em "triação", pela

Quando do **falecimento do varão casado**, a depender do regime de bens, é necessário afastar a **meação** da viúva. Apurado o acervo hereditário, excluída a legítima dos herdeiros, a parte disponível será dividida com a companheira, com referência aos bens adquiridos durante o período de convívio.

Os mesmos cálculos são necessários quando ocorre o **falecimento da companheira** e vêm seus herdeiros a juízo buscar o reconhecimento da união estável. Entendimento em sentido diverso só viria a beneficiar o varão que foi desleal a mais de uma mulher.

Em nenhuma dessas hipóteses se faz necessária a prova da efetiva participação na constituição do acervo amealhado. Inexistindo herdeiros na classe dos descendentes e ascendentes, a herança deve ser dividida em partes iguais entre a viúva e a convivente.[39]

Havendo prova da aquisição de patrimônio comum durante a união, imperiosa a partilha dos bens. Mas ainda poucas são as decisões judiciais que asseguram às duas mulheres algum **bem**[40] ou direito a **alimentos**.[41]

---

simultaneidade das relações. 6. Precedentes do TJDF e do TJRS. (TJPE – AC 296862-5 0007024-48.2011.8.17.0001, 5.ª C. Cív., Rel. Des. José Fernandes, j. 13/11/2013).

39. Maria Berenice Dias, Manual das Sucessões, 88.

40. Ação de existência e dissolução de sociedade de fato. Companheiro casado. Relacionamentos paralelos. Reconhecimento de direitos. Apelo improvido. Restando incontroverso a convivência em comum, pública, contínua e duradoura, além da *affectio maritalis*, entre a Autora e o falecido, por aproximadamente 22 anos, desde 1984 até sua morte, afigura-se necessário o reconhecimento dos direitos decorrentes desta relação. Comprovada a simultaneidade de relacionamentos conjugais, há de se admitir direitos e consequências jurídicas decorrentes dessas relações, não se lhes podendo fechar os olhos ao simplório argumento de que o Estado Brasileiro é monogâmico. Se existe concurso de entidades familiares, portanto se existe um casamento ou união estável, e paralelamente, uma relação extraconjugal, esta última, certamente deverá merecer amparo legal. Não se pode permitir que a complexidade das relações de fato no seio social, notadamente no campo afetivo, impeça o reconhecimento de direitos, mormente quando ■ análise do caso concreto aponta para a existência de união estável paralelamente à existência de matrimônio, cuja relação conjugal não mais persiste, ainda que não rompida formalmente, uma vez que não houve separação judicial ou o divórcio dos cônjuges. Apelo provido. Sentença mantida. (TJBA – AC 00155897320078050001, 3ª C. Cív., Rel. Juíza convocada Marta Moreira Santana, j. 11/02/2014).

41. Ação de alimentos. Não preenchidos os requisitos para a configuração da união estável entre as partes. Impedimento matrimonial. Concubinato. Possibilidade de, excepcionalmente, conceder alimentos naturais à concubina se resta comprovada a dependência econômica em relação ao concubino, desde que isto não represente prejuízos às condições de vida da entidade familiar em que o par afetivo está

Outras são as projeções de Carlos Eduardo Pianovski para se aferir os possíveis efeitos jurídicos oriundos dessas famílias. Primeiro se deve atentar à situação em que os cônjuges adquiriram onerosamente patrimônio durante a constância do casamento e antes de iniciada a união simultânea. Nessa situação, os bens integram o patrimônio exclusivo do casamento. Quando da dissolução do vínculo conjugal aplicam-se as regras da meação, não se comunicando com a companheira integrante do segundo núcleo afetivo.

Outra hipótese: quando o patrimônio é adquirido após a constituição da família simultânea e se encontra em nome apenas da companheira da união simultânea. Nesse caso haverá a presunção de que o patrimônio per-

---

de boa-fé. Alimentante que tem, na família de boa-fé, filho necessitado de cuidados especiais. Redução dos alimentos fixados em sentença que se impõe. Recurso conhecido e parcialmente provido. 1. A proteção dada pela Constituição, em seu art. 226, às entidades familiares não encontra um rol taxativo, de modo que estão albergadas entidades para além do casamento, da união estável e da família monoparental. 2. A distinção, acerca de quais relações afetivas se encontram sob o manto da proteção constitucional, observa os princípios que norteiam o direito de família, destacando-se os princípios da liberdade, da responsabilidade e da solidariedade. 3. No que tange a liberdade para constituição das relações afetivas, o direito apenas tutela aquelas em que se preserva o cuidado para com o consorte, pois a família preservada pelo direito de família contemporâneo é aquela que se denomina "família eudemonista", para a qual importa a realização afetiva de todos os seus membros individualmente considerados. Ou seja, a liberdade tutelada não é a mera liberdade formal de constituir família, mas também a liberdade substancial, em que se fornecem condições ao consorte a fim de que possa escolher conscientemente se quer ou não constituir família com o pretendente. 4. Os princípios da solidariedade e da responsabilidade se traduzem como deveres de boa-fé e ética para com o outro. 5. Quando um dos conviventes (matrimoniais ou de união estável) passa a manter outra relação com terceiro, ocorre violação ao dever de boa-fé e mitigação da ética que era devida, uma vez que a monogamia é um princípio das relações familiares, aplicando-se à união estável os impedimentos matrimoniais, inclusive o de pessoa casada (CC, art. 1.723, § 1º c/c art. 1.521, VI). 6. Havendo quebra do dever de lealdade, deve-se averiguar se há ou não boa-fé por parte da terceira pessoa que ingressa na relação paralela. Se ignorava que o seu par era casado ou já participava de união estável, se está diante de uma união estável putativa, sendo digna de tutela jurídica, tal qual já se fazia com o casamento putativo (CC, art. 1.561) em que havia boa-fé do cônjuge. No entanto, se o terceiro não estava de boa-fé, a entidade a ser reconhecida é o concubinato (CC, art. 1.727). 7. Ao tutelar a relação concubinária, necessário o justo equilíbrio a nortear a aplicação de alguns efeitos análogos ao casamento, em caráter excepcional, sem que se prejudique o núcleo familiar de boa-fé, que teve tolhida sua liberdade substancial. 8. Considerando o conjunto fático probatório dos autos, em que a concubina e a filha comum (falecida) dependeram economicamente do réu por 15 anos, e ainda, já se encontrando aquela em idade avançada, é que, excepcionalmente, cabíveis somente os alimentos naturais (CC, art. 1.694, § 2º). (TJPR – AC 941949-6, 12ª C. Cív., Rel. Des. Ivanise Maria Tratz Martins, j. 23/10/2013).

tence apenas à família constituída pela união estável, não se comunicando com o cônjuge do primeiro núcleo.

Por fim, apresenta a situação em que os bens são adquiridos onerosamente após a constituição da nova família e em nome apenas do varão. Presume-se que são de titularidade dos três envolvidos, sujeitando-se o patrimônio a uma divisão em três partes, dominada pela jurisprudência como triação.[42]

Apesar da existência de duas teses do STF reconhecendo **efeitos previdenciários** ao concubinato,[43] a justiça estadual resiste. Raramente determina tal divisão.[44] Mas já reconheceu a partilha da previdência privada.[45]

Mais uma vez os avanços vêm da justiça gaúcha que, ao reconhecer o duplo relacionamento determinou a divisão do patrimônio entre todos: **triação.**[46]

42. Luiza Soalheiro. Famílias simultâneas:..., 175.

43. STF – Tema 526: Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários.
STF – Tema 529: Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte.

44. Ação de implantação por pensão por morte. Direito previdenciário. Previdência pública. Pensão por morte. Ex-companheira. Rateio da pensão entre ex-esposa e companheira em união estável. Possibilidade. Incontroversa a união estável do de cujus com a agravante. Da mesma forma, irrefutável a comprovação de que o vínculo do casamento não foi desfeito. Correta a sentença ao reconhecer a concomitância das relações. Recurso conhecido e não provido. (TJAL – AI 0801330-75.2017.8.02.0000, 3ª C. Cív., Rel. Domingos de Araújo Lima Neto, j. 18/08/2017).

45. Previdência privada. Famílias paralelas. Falecido que era casado com a ré e convivia maritalmente com a autora. Residência fixa, prole comum, convívio social, estado de viuvez e dependência econômica de ambas. Formalização da união que não pode ser utilizada como critério discriminatório em detrimento da companheira. Repartição do benefício entre a esposa e companheira. Ação procedente em parte. Recurso provido. (TJSP – AC 0008553-09.2005.8.26.0019, 5ª C. Dir. Priv., Rel. Erickson Gavazza Marques, j. 03/06/2015).

46. Ação declaratória de união estável *post mortem*. Pleito de reconhecimento do instituto. Cabimento. Concomitância com o casamento que não afasta a pretensão no caso. Sentença reformada. I. Presente prova categórica de que o relacionamento mantido entre a requerente e o falecido entre 08/2000 e a data do óbito dele se dava nos moldes do artigo 1.723 do Código Civil, mas também a higidez do vínculo matrimonial do de cujus até o mesmo momento. Caso provada a existência de relação extraconjugal duradoura, pública e com a intenção de constituir família, ainda que concomitante ao casamento e sem a separação de fato configurada, deve ser, sim, reconhecida como união estável, mas desde que o cônjuge não faltoso com os deveres do casamento tenha efetiva ciência da existência dessa outra relação fora dele, o que aqui está devidamente demonstrado. Ora, se a esposa concorda em

É no âmbito da **Justiça Federal** que, com maior frequência, é determinada a partilha da **pensão por morte** entre esposa e companheira.[47]

---

compartilhar o marido em vida, também deve aceitar a divisão de seu patrimônio após a morte, se fazendo necessária a preservação do interesse de ambas as células familiares constituídas. Em havendo transparência entre todos os envolvidos na relação simultânea, os impedimentos impostos nos artigos 1.521, inciso VI, e artigo 1.727, ambos do Código Civil, caracterizariam uma demasiada intervenção estatal, devendo ser observada sua vontade em viver naquela situação familiar. Formalismo legal que não pode prevalecer sobre situação fática há anos consolidada. Sentimentos não estão sujeitos a regras, tampouco a preconceitos, de modo que, ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, é indispensável que o julgador decida com observância à dignidade da pessoa humana, solidariedade, busca pela felicidade, liberdade e igualdade. Deixando de lado julgamentos morais, certo é que casos como o presente são mais comuns do que pensamos e merecem ser objeto de proteção jurídica, até mesmo porque o preconceito não impede sua ocorrência, muito menos a imposição do castigo da marginalização vai fazê-lo. Princípio da monogamia e dever de lealdade estabelecidos que devem ser revistos diante da evolução histórica do conceito de família, acompanhando os avanços sociais. II. Reconhecida a união estável e o casamento simultâneos, como no presente, a jurisprudência da Corte tem entendido necessário dividir o patrimônio adquirido no período da concomitância em três partes, o que se convencionou chamar de triação. Não se pode deixar de referir que o caso se centrou mais no reconhecimento da união estável, de modo que inviável afirmar aqui e agora, com segurança, quais são exatamente os bens amealhados no período. Além disso, ao que tudo indica, a partilha de bens do falecido já foi realizada entre os anteriores herdeiros, enquanto que os filhos maiores e capazes desse não participaram do processo, mas apenas a cônjuge, razão pela qual não podem ter seu direito atingido sem o exercício do contraditório e da ampla defesa. Ao juízo de família, na ação proposta, compete apenas reconhecer ou não a existência da afirmada relação estável da demandante com o de cujus e a repercussão patrimonial a que essa faz jus, sendo que a extensão dos efeitos patrimoniais que são próprios à condição de companheira deverá ser buscada em demanda própria. Apelação parcialmente provida, por maioria. (TJRS – AC 70082663261, 8ª C. Cív., Rel. Des. José Antônio Daltoe Cezar, j. 09/10/2020).

47. Previdenciário. Pensão por morte. União estável. Prova documental corroborada por prova oral. Manutenção simultânea de dois núcleos familiares. Considerações de ordem moral ou religiosa. Impertinência. Prevalência do caráter social da demanda. Requisitos preenchidos. [...] 2 – A pensão por morte é regida pela legislação vigente à época do óbito do segurado, por força do princípio *tempus regit actum*, encontrando-se regulamentada nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91. Trata-se de benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado falecido, aposentado ou não. [...] 12 – Desta forma, a robusta prova documental corroborada pelos depoimentos prestados pelas testemunhas demonstra que o *de cujus* mantinha, no mínimo, duplo relacionamento, tanto com a esposa, quanto com a companheira, não havendo, em verdade, prova cabal de que no momento do falecimento vivia maritalmente com apenas uma delas, o que acarreta o direito de ambas perceberem o benefício previdenciário de pensão por morte em rateio. Aliás, ao contrário, os dados coligidos indicam vínculo afetivo e duradouro com as duas. 13 – Assim sendo, definidas

Isso porque a legislação previdenciária (Lei 8.213/1991 16) presume como dependentes as pessoas que, em decorrência do dever de solidariedade e por motivo econômico ou familiar, estão subordinados ao segurado. Ou seja, não existe norma limitadora para determinar a partição do benefício entre mais de uma pessoa que se encontre em estado de dependência.[48]

26.6 DIFERENCIAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

A partir do momento em que o STF reconheceu a inconstitucionalidade em se conceder tratamento diferenciado entre casamento e união estável,[49] com a aprovação de tese de repercussão geral e efeito vinculante,[50] impositiva a releitura de um punhado de institutos e um repensar da Justiça sobre muitos temas, inclusive este.

De primeiro cabe atentar que a decisão da Corte Suprema não se restringiu exclusivamente a disciplinar o direito de **concorrência sucessória**. A referência foi feita a este instituto porque foi este o objeto da ação levado a julgamento. No entanto, a declaração de inconstitucionalidade teve como razão de decidir a primazia do **princípio da igualdade**, a coibir toda e qualquer diferenciação entre casamento e união estável.

A decisão é farta de justificativas de modo a não permitir à legislação infraconstitucional conceder tratamento díspar entre dois institutos que gozam do mesmo reconhecimento, prestígio e à igual proteção especial do Estado como entidade familiar.

Dita vedação alcança também a jurisprudência. A partir da aprovação da tese, nenhum juiz ou tribunal pode conceder tratamento diferenciado, hierarquizar as entidades familiares ou emprestar mais prestígio ao casa-

---

faticamente tais situações, o que importa ao direito previdenciário, sem digressões, discussões ou incursões nos aspectos moral, religioso ou do direito de família tradicional, aquilatar-se a condição de esposa e companheira de cada uma delas, sem que uma dessas situações possa servir de autoexcludente da outra, sendo imperativo o reconhecimento do direito das duas ao benefício em questão. [...] (TRF 3ª Reg. – ApelRemNec 00290276220124039999/SP, 7ª T., Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, j. 21/10/2019).

48. Lara Rafaelle Pinho Soares, A (im)possibilidade da concessão de pensão por morte..., 92.

49. STF – RE 646.721/RS, T. Pleno, Rel./acórdão Min. Luís Roberto Barroso, 11/09/2017.

50. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

mento do que à união estável. A interpretação da norma constitucional deve ser inclusiva, e não segregativa ou retrospectiva.[51]

Desse modo, não se pode deixar de atribuir efeitos jurídicos à união estável, pelo só fato de ela coexistir com um casamento. Muito menos quando se trata de duas uniões estáveis. Uma não pode anular a outra. Como bem argumenta Luciana Brasileiro, o tempo não poderia ser o argumento para invalidar a relação mais recente, especialmente porque aquelas que se estabelecem posteriormente costumam ser as desconsideradas judicialmente, partindo-se da premissa de que se deram em inobservância ao dever de lealdade. Contudo, não pode o tempo ser responsável por preterir uma em detrimento da outra, porque seria incompatível com o sistema atual brasileiro, que admite a recomposição familiar após uma dissolução.[52]

Há que se perquirir tão só se estão comprovados todos os requisitos legais para o reconhecimento da união estável (CC 1.723): convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A presença desses elementos impede que se negue a existência de uma entidade familiar como merecedora da proteção do Estado. E não se diga que inexiste intenção de formar uma família, pelo fato de um de seus membros – sempre o homem – ter e manter outra entidade familiar. Até porque, além da convivência, a presença de filhos, por si só, serviria para provar o desejo de ter uma família.

Ora, se a decisão da Corte que é a guardiã da Constituição diz ser inconstitucional dar tratamento privilegiado ao casamento, que não tem mais prestígio e em nada é melhor ou é mais do que a união estável, imperioso reconhecer que a existência de um não pode blindar efeitos jurídicos ao outro relacionamento.

Se ambas são entidades familiares, que têm como único critério diferenciador a oficialidade, a presença de uma não pode condenar a outra à invisibilidade, à exclusão de direitos. Não é possível deixar de conceder tutela jurídica à entidade familiar que atende a todos os requisitos legais, pelo só fato de existir outra entidade, formalizada ou não pelo casamento.

A previsão de a lei facilitar a conversão da união estável em casamento só existe para garantir a segurança jurídica, já que seu reconhecimento pode demandar a produção de provas. Não se trata de hierarquia entre os

51. Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 71.

52. Luciana Brasileiro, As famílias simultâneas e seu regime jurídico, 150.

institutos, mas tão somente de conveniência à ordem pública, sem qualquer sobreposição às escolhas legítimas das pessoas em suas relações pessoais.

Está na hora de acabar com este ranço moralista e conservador que privilegia o casamento com tal fervor que condena à morte qualquer situação que eventualmente possa comprometer sua perpetuidade. Não há como impedir que se atribuam efeitos jurídicos à união estável, pelo só fato de existir um casamento concomitante, sem desrespeitar a diretriz ditada pelo STF.

Giselda Hironaka ressalta a necessidade de atentar aos reais reflexos jurídicos advindos das relações familiais simultâneas, buscando desdobrar e desvendar este assunto da atualidade da vida dos homens, hoje com maior visibilidade do que já teve antes, no tempo em que se ignorava juridicamente tais relacionamentos, jogando-os para baixo dos tapetes, ou guardando-os dentro dos armários, de resto como tantas outras situações e circunstâncias da vida como ela efetivamente é. Que o direito não permaneça alheio à realidade humana, à realidade das situações existentes, às mudanças sociais importantes que, sem dúvida, têm se multiplicado na história das famílias. Cerrar os olhos, talvez seja mais um dos inúmeros momentos de hipocrisia que a sociedade, o Legislativo e o Judiciário têm deixado, às vezes, acontecer, numa era em que já não mais se coaduna com as histórias guardadas a sete chaves.[53]

LEITURA COMPLEMENTAR

BUARQUE, Caroline. *Poliamor*: da aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais à legitimidade jurídica das uniões múltiplas e seus efeitos. Maceió: Imprensa Oficial Graciliano Ramos, 2017.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira; ALMEIDA, Beatriz Ferreira de; MACHADO, Elton. As novas perspectivas jurídicas para as uniões simultâneas: uma análise das principais consequências de seu possível reconhecimento como entidades familiares. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 2. mar./abr. p. 64-79.

FARIAS, Cristiano Chaves de. O valor e a eficácia jurídica das escrituras das uniões poliafetivas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 683-699.

53. Giselda Hironaka, O conceito de família e sua organização jurídica, 97.

FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos:* pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v.1. jan./fev. p. 55-69.

MARQUES, Alinne de Souza. Uniões poliafetivas: o reconhecimento no direito brasileiro. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, n. 15, p. 121-138, nov./dez. 2016.

REDE GLOBO. *Poliamor – o clipe.* Tá no Ar: a TV na TV. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/7339311/>. Acesso em: 26 out. 2020.

RIBEIRO, Bruno Marques. Famílias simultâneas: a tutela jurídica dos amantes no cenário brasileiro. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane, Araújo (coords.). *Temas contemporâneos de Direito das Famílias.* São Paulo: Editora Pillares, 2013. p. 83-114.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas*: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e Direito das Famílias:* reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015.

SOALHEIRO, Luiza Helena Messias. *Famílias simultâneas:* um arranjo familiar não monogâmico. Belo Horizonte: Editora Plácido, 2018.

TANNURI, Claudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. As famílias simultâneas no ordenamento jurídico brasileiro e seus efeitos jurídicos. *Revista IBDFAM:* Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez. p. 111-128.

27

FAMÍLIA MONOPARENTAL

Sumário: 27.1. Origem e conceito – **27.2.** Divórcio – **27.3.** Adoção – **27.4.** Solteiros – **27.5.** Reprodução assistida – **27.6.** Famílias homoafetivas – **27.7.** Irmãos, tios e avós – **27.8.** Proteção estatal – Leitura complementar.

Referências legais: CR 226 §§ 4.º e 7.º; CC 1.597, 1.632, 1.633, 1.636; Lei 9.263/1996 (Planejamento familiar); CRM – Resolução 2.168/2017 (Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida); CNJ – Provimento 63/2017.

27.1. ORIGEM E CONCEITO

Apesar da aparente limitação constitucional, ao elencar as entidades familiares, não dá para deixar de reconhecer como merecedora da especial atenção do Estado toda e qualquer estrutura de convívio que forme uma unidade **afetiva** da qual se irradiam efeitos que merecem ser tutelados pelo Direito. A família não se define mais pela **triangulação** clássica: pai, mãe e filhos. O critério biológico cedeu lugar à noção de filiação de afeto, à paternidade socioafetiva. É preciso concordar com Giselda Hironaka: biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe, se o de pai, se o de mãe, se o de filho – o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e sentir-se, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal.[1]

---

1. Giselda Hironaka, Família e casamento em evolução, 8.

A Constituição da República, ao alargar o conceito de família, referiu como entidade familiar uma realidade que não mais podia deixar de ser arrostada (CR 226 § 4.º): *a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.* Esses núcleos familiares foram chamados pela doutrina de famílias monoparentais, para ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar. A expressão é pertinente, pois não se pode negar caráter familiar à união de afeto que caracteriza as entidades com somente uma parentalidade.[2]

Com o declínio do patriarcalismo e a inserção da mulher no mercado de trabalho, ela não mais se sentiu obrigada a permanecer dentro do casamento. Não teve medo de pôr um ponto-final a um relacionamento de fachada. E mesmo divorciada deixou de ser hostilizada. Com isso as famílias constituídas por **um dos pais [illegible] prole** proliferaram. Adquiriram maior visibilidade. E até novo nome: **família solo**. Como o expressivo número de famílias monoparentais é constituída pela mulher e seus filhos, soa pejorativo referir-se a ela como **mãe solteira**.

Como a participação do genitor na criação dos filhos ainda é pouco expressiva, a mulher acaba arcando sozinha com tais encargos, bem com as despesas da família. Assim, são entidades familiares que necessitam de especial atenção.

Como bem lembra Maria Cláudia Crespo Brauner, esta situação revela mais uma face injusta de nossa realidade social. A discriminação do mercado de trabalho as induz a enfrentar a necessidade de manter os filhos e de aceitar menores salários.[3]

Durante muitos anos a sociedade associou a monoparentalidade ao fracasso pessoal do projeto de uma vida a dois. As pessoas que resolvessem optar por essa forma de constituição familiar eram consideradas em situação marginal.[4] Porém, o que antes era vivido como uma forma de exclusão atualmente mostra-se como uma escolha de vida. Os fatores decorrentes do fenômeno da monoparentalidade cada vez mais se mostram como uma eleição de um dos membros da família: quer na ruptura da vida matrimonial, quer na opção por uma forma de união livre, quer na decisão de ter um filho sozinho.[5]

---

2. Rosana Broglio Garbin, Famílias monoparentais:..., 223.
3. Maria Cláudia Crespo Brauner, Casamento desfeito,..., 303.
4. Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais, 20.
5. Rosana Broglio Garbin, Famílias monoparentais:..., 217.

A entidade familiar formada com algum parente que não um dos genitores, igualmente, constitui vínculo uniparental. Mesmo as estruturas de convívio constituídas por quem não seja parente, mas com crianças ou adolescentes sob sua guarda, recebem a mesma denominação. A característica da família monoparental é a **transgeracionalidade**, ou seja, haver diferença de gerações entre um de seus membros e os demais, sem relacionamento de ordem sexual entre eles. Existindo interesse de natureza sexual, não se pode falar em família monoparental. Havendo vínculo próximo de consanguinidade ou afinidade, as relações são **incestuosas** e alvo do repúdio social e legal.

Não é a presença de menores de idade que permite o reconhecimento da família como monoparental. A maioridade dos descendentes não descaracteriza a monoparentalidade como família – é um fato social.[6]

Quando inexiste hierarquia entre gerações e o convívio não dispõe de interesse sexual, o vínculo familiar que se constitui é de outra natureza: chama-se **família anaparental**. O exemplo é a família constituída pelos irmãos, entre parentes ou até entre pessoas sem laço de consanguinidade, mas cuja convivência forma uma entidade familiar.

Quando pessoas não querem ter um par, mas querem um filho que possua referencial materno e paterno, formam uma **família coparental**. Normalmente firmam um contrato de geração de filho, estabelecendo regras de convivência, alimentos e a repartição dos encargos decorrentes do poder familiar. O filho, concebido por reprodução assistida, é registrado em nome de ambos. Forma-se uma família coparental, constituída por dois núcleos monoparentais.

A monoparentalidade tem origem quando da **morte** de um dos genitores. A **adoção** por pessoa **solteira** também. Assim como o uso de técnicas de reprodução assistida, quando só uma pessoa busca estabelecer o vínculo de filiação. Na **separação** de fato, de corpos ou no **divórcio** dos pais, não se pode falar em família monoparental. Afinal, **o fim da conjugalidade não elimina os laços de parentalidade**.

27.2. DIVÓRCIO

O fim dos vínculos afetivos com prole foi gerador da monoparentalidade. Quando da separação dos pais, os filhos ficavam sob a **guarda unilateral** de um dos genitores. Na grande maioria das vezes, na companhia

6. Jorge Shiguemitsu Fujita, Família monoparental, 692.

da mãe. Historicamente era deferido ao pai singelo direito de visita, que ele exercia a seu bel-prazer, sem maior comprometimento com sua criação e desenvolvimento. Só mais recentemente é que os homens começaram a reivindicar mais convivência, maior participação na vida do filho.

De qualquer modo, quando do fim da conjugalidade, ocorre uma transição. A tendência da doutrina é reconhecer que, em um primeiro momento, há uma família biparental constituída. Na separação – de fato, de corpos, ou o divórcio – ou no término da união estável, o genitor que fica com a guarda do filho. Num terceiro momento, quando o guardião constitui nova família biparental, ou por um segundo casamento, ou através de união estável, a estrutura familiar novamente se altera.[7]

Sob a justificativa de que a **guarda unilateral** configura uma **família monoparental**, na **guarda alternada**, em que ocorre a transferência periódica do filho entre os genitores, ocorreria o mesmo. Este é um dos argumentos dos que rejeitam esta modalidade de ajuste, sob a alegação que seria nociva aos filhos.

No entanto, o fim da coabitação dos genitores não enseja o alijamento de um dos pais dos encargos decorrentes do **poder familiar**. Não se alteram as relações entre pais e filhos (CC 1.632). Somente a falta de impedimento de um deles, transfere ao outro o exercício com exclusividade do poder familiar (CC 1.631). Ora, o distanciamento físico do filho, decorrente da separação dos pais, não configura impedimento que livre o pai dos deveres que lhe são inerentes. A **guarda compartilhada** se tornou obrigatória quando ambos os pais têm condições de exercê-la (CC 1.584 § 2.º), o que impõe a responsabilização e o exercício conjunto **dos concertantes** do poder familiar (CC 1.583 § 1.º), dividindo-se, de forma equilibrada, o tempo de convívio com os filhos (CC 1.583 § 2.º). O fato de ficar estabelecida a **residência** do filho junto a um dos genitores também não permite reconhecer que se constituiu uma família monoparental. Não existe qualquer alteração no exercício dos deveres parentais. Ainda que o filho do relacionamento anterior resida com um deles, em nada afeta o vínculo de parentalidade (CC 1.588). O **poder familiar** permanece sendo exercido por ambos. O novo cônjuge ou companheiro não pode interferir (CC 1.636).

Porém, constituindo-se um vínculo de **filiação socioafetiva** entre ambos, o enteado pode adotar o nome do padrasto. Inclusive a tendência é atribuir obrigação alimentar e assegurar direito de convivência entre eles.

---

7. Demian Diniz da Costa, Famílias monoparentais:..., 24.

Além da **adoção unilateral** (ECA 41 § 1.º), possível o estabelecimento de **multiparentalidade**. Tanto o pai biológico como o afetivo assumem os deveres decorrentes do poder familiar. O filho tem assegurado todos os direitos em relação a ambos.

27.3. ADOÇÃO

Por expressa permissão do Estatuto da Criança e do Adolescente (42), qualquer pessoa maior de 18 anos, independentemente do estado civil, pode adotar. A única restrição é que existam 16 anos de diferença entre o adotante e o adotado (ECA 42 § 3.º).

Ainda que a doutrina mais conservadora considere a adoção por **solteiros** como o ponto mais inquietante da monoparentalidade,[8] indispensável atentar para o interesse da criança. É preferível que tenha só uma mãe, ou exclusivamente um pai, do que não ter ninguém, e permanecer em alguma instituição de acolhimento, como hoje são chamados os abrigos (ECA 90 IV). O nome é novo, mas as condições continuam precárias.

São tantas as exigências e os entraves que existem que se torna interminável a espera pela adoção, o que, muitas vezes, leva crianças e adolescentes a permanecerem abrigadas até completarem a maioridade. Nesse dia são postos para fora do local onde passaram toda a vida à espera de um lar.

É reconhecida como **família natural** (ECA 25) *a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes*. Portanto, não há qualquer impedimento à adoção por uma pessoa solteira – um homem ou uma mulher – formando-se uma família monoparental. Pode adotar aquele que tem condições de oferecer sustento, educação e afeto a uma criança. O seu bem-estar e o seu interesse significam os elos fundamentais da filiação adotiva.[9]

No conceito de **família extensa** (ECA 25 parágrafo único): parentes próximos quando existir vínculo de afinidade e afetividade, não está definida sua estrutura. Pode ser uma pessoa, um casal ou até mais de um parente. O pressuposto para a identificação da família extensa é a comprovação de já existir, por parte da criança prévia vinculação de afetividade com alguém de sua família.

8. Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais, 28.
9. Maria Cláudia Crespo Brauner, O pluralismo no direito de família brasileiro:..., 273.

27.4. SOLTEIROS

No dizer de Eduardo de Oliveira Leite manter-se solteiro passou a ser o modelo atual de vida eleito, principalmente, por pessoas de alto poder aquisitivo, motivadas por escolhas pessoais e profissionais. E acrescenta: ainda que sejam chamados de **celibatários** e se mantenham com o estado civil de solteiros, passam a manter uniões livres com seus parceiros. Apesar de certo comprometimento, não é estabelecido vínculo legal, não se configurando sequer união estável. Existe um número superior de mulheres nessa situação. A revolução sexual de 1960 e as consequências daí advindas no mundo feminino geraram uma certeza que a estrutura patriarcal jamais imaginara: a mulher não é mais compelida a casar cedo para existir socialmente. O efeito da pílula, permitindo o ingresso na sexualidade sem culpas e traumas e a possibilidade de dispor do corpo sem riscos de gravidez, gerou a mais espetacular mudança do século XX: a possibilidade de dissociar o conceito de maternidade do conceito de casamento.[10]

Desde há muito, não é mais alvo da recriminação social o fato de uma mulher ter um filho sem ser casada. Expressões como "mãe solteira", "produção independente" têm conotação pejorativa. Afinal, nada justifica declinar o estado civil de quem tem um filho. Ao depois, o filho de uma **mulher sozinha** não é fruto de geração espontânea. Por isso, passou-se a utilizar a expressão "mãe solo" ou "parentalidade solo", para identificar as famílias monoparentais que se constituem pelo desejo de alguém ser mãe ou ser pai.

O **planejamento familiar** é direito constitucionalmente assegurado não comportando limitações (CR 226 § 7.º). Não está ao alcance somente de casais.

No uso das técnicas de reprodução assistida, não é possível a identificação do doador do material genético.[11] Assim, surge uma família monoparental.

O fato de a criança já nascer sem pai gera inúmeras discussões e opiniões controversas. É no mínimo preconceituosa a postura doutrinária que sustenta que a mulher solteira não deve fazer uso de método reprodutivo assexual, por se prestar a interesses egoísticos.[12] Como não lhe é vedado o direito de adotar, nada a impede de gerar o filho no próprio ventre. O

10. Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais, 72.
11. CRM – Resolução 2.168/2017.
12. Jussara Leal de Meirelles, Filhos da reprodução assistida, 354.

reconhecimento da igualdade não admite negar a uma mulher o uso de técnicas de procriação assistida somente pelo fato de ser solteira.[13]

Ao depois, está mais do que comprovado que não existe qualquer prejuízo ao filho gerado por qualquer das técnicas de reprodução assistida. O interesse da criança deve ser preponderante, mas isso não implica concluir que não possa vir a integrar família monoparental, desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto.[14]

27.5. REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Com o avanço das técnicas de reprodução medicamente assistida, o nexo de causa e efeito entre sexo e reprodução desapareceu. Seu uso é normatizado pelo Conselho Federal de Medicina,[15] que expressamente admite que sejam usadas por casais homoafetivos e por pessoas solteiras.

Existem duas formas de inseminação artificial: homóloga e heteróloga. Na **inseminação homóloga**, o material genético pertence ao parceiro. É utilizada nas situações em que o casal possui fertilidade, mas não é capaz de provocar a fecundação por meio do ato sexual. A gravidez de mulher casada decorrente de inseminação artificial leva à suposição de que o marido é o cedente do espermatozoide, pois gera a **presunção de paternidade** (CC 1.597). Mesmo depois do falecimento do cônjuge, persiste a presunção de paternidade, quando são usados **embriões excedentários** (CC 1.597 IV). Na inseminação **heteróloga**, o esperma é doado por terceira pessoa. É utilizado nos casos de esterilidade do marido ou companheiro. Tendo havido prévia autorização, se estabelece a presunção *pater est* (CC 1.597 V), **presunção absoluta**, uma vez que o cônjuge ou companheiro concordou de modo expresso com o uso da inseminação artificial. Ele assume a condição de pai do filho que venha a nascer.

Se a mulher é casada ou vive em união estável, é necessária a concordância do cônjuge ou do companheiro para se submeter ao procedimento reprodutivo. Ao permitir a lei a utilização do esperma do marido pré-morto na fecundação *post mortem* (CC 1.597), autoriza a formação da monoparentalidade.

---

13. Idem, 395.
14. Maria Cláudia Crespo Brauner, O pluralismo no direito de família brasileiro:..., 151.
15. CRM – Resolução 2.168/2017.

27.6. FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

Apesar do silêncio da lei, a Justiça passou a admitir a adoção por **parceiros homossexuais.**[16]

Como os casais homoafetivos não têm capacidade procriativa, de modo expresso o Conselho Federal de Medicina admite que façam uso dos métodos de inseminação artificial para constituírem família com filhos.

De modo frequente, as lésbicas utilizam o óvulo de uma que, fertilizado *in vitro*, é implantado no útero da outra. A parceira que dá à luz não é a mãe biológica, mas a mãe gestacional. Como em seu nome é expedida a Declaração de Nascido Vivo, o filho poderia ser registrado somente em seu nome. Com isso, o vínculo parental se estabeleceria exclusivamente com relação a uma das mães.

No entanto, o Conselho Nacional de Justiça autoriza o registro em nome de ambas, diretamente junto ao Registro Civil, desde que juntada a prova do consentimento informado.[17]

Quando a gravidez decorre de autofecundação, ou seja, é levada a efeito pelas próprias companheiras, fazendo uso de material genético cedido por algum amigo, é necessário ingressar em juízo com ação de reconhecimento de filiação socioafetiva com relação às duas mães. Caso haja a concordância de todos, o genitor pode assumir a paternidade, constitui-se uma **multiparentalidade**.

Os gays igualmente utilizam técnicas reprodutivas para terem filhos. Muitas vezes é colhido esperma de ambos, até para não saberem quem é o pai da criança que irá nascer. Feita a fecundação em laboratório, o par utiliza a gravidez por substituição, a popularmente chamada "barriga de aluguel". Ainda que o filho tenha dois pais, o registro do filho era levado a efeito somente por um deles, constituindo-se assim, no plano jurídico, uma família monoparental.

Provimento do Conselho Nacional de Justiça[18] admite que se proceda, junto ao Cartório do Registro Civil, o registro dos filhos de casas homoafetivos, diretamente junto ao registro civil. A multiparentalidade somente pode ser registrada administrativamente quando o filho tiver mais de 12 anos de idade. Além do seu consentimento, é indispensável a sua concordância e de ambos os pais. Ainda assim, é possível o registro de mais um ascendente apenas. É indispensável a concordância dos pais registrais e o consentimento do filho

16. Decisões disponíveis no site: www.direitohomoafetivo.com.br.
17. CNJ – Provimento 63/2017.
18. CNJ – Provimento 63/2017.

para o reconhecimento da **multiparentalidade**, ou paterna ou materna. Administrativamente só é possível o registro de um **ascendente**. O expediente, com as provas da existência do vínculo socioafetivo deve ser submetido ao Ministério Público. O registro depende do parecer for favorável.

27.7. IRMÃOS, TIOS E AVÓS

Não apenas um dos pais e seus descendentes se caracterizam como família monoparental. A família constituída por pessoas que têm vínculo de parentesco natural ou civil, e que pertencem a gerações distintas, chama-se de família **anaparental**. Quando um tio assume a responsabilidade por seus sobrinhos, ou um dos avós passa a conviver com os netos, caracteriza-se, também, uma família monoparental. Tanto são prestigiadas tais relações de parentesco que os ascendentes e os parentes colaterais têm preferência para serem nomeados tutores (CC 1.731). Devem ser valorados os vínculos de afeto existentes, merecendo essas realidades familiares idêntica proteção estatal.

Caso inexista diferença de grau de parentesco entre seus membros, como a família formada somente pelos irmãos, forma-se o que se chama de família **anaparental**.

27.8. PROTEÇÃO ESTATAL

As famílias monoparentais têm **estrutura mais frágil**. Quem vive sozinho com a prole acaba com encargos redobrados. Além dos cuidados com o lar e com os filhos, também necessita buscar meios de prover ao sustento da família. Assim, imperioso que o Estado atenda a tais peculiaridades e dispense proteção especial a esses núcleos familiares. É necessário privilegiá-los por meio de **políticas públicas**, como, por exemplo, dar-lhes preferência ao realizar assentamentos. Também na hora de comprovar renda para a aquisição da casa própria é preciso atentar à peculiaridade de haver somente uma fonte de rendimento.

A jurisprudência passou a reconhecer as famílias monoparentais como merecedoras das benesses da impenhorabilidade do **bem de família**.

LEITURA COMPLEMENTAR

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SOALHEIRO, Luiza Helena Messias. *Famílias simultâneas:* um arranjo familiar não monogâmico. Belo Horizonte: Editora Plácido, 2018.

TERCIOTI, Ana Carolina Godoy. *Famílias monoparentais*. Campinas: Millennium, 2011.

28

REGIME DE BENS

Sumário: 28.1. Visão histórica – **28.2.** Tentativa conceitual: **28.2.1.** Meação – **28.3.** Disposições gerais: **28.3.1.** Diferenças entre os regimes – **28.4.** Princípio da comunicabilidade – **28.5.** Administração – **28.6.** Vedações – Bens imóveis: **28.6.1.** Vedações – Aval e fiança; **28.6.2.** Vedações – Doações – **28.7.** Pacto antenupcial – **28.8.** Comunhão parcial – **28.9.** Comunhão universal – **28.10.** Participação final nos aquestos – **28.11.** Separação consensual de bens – **28.12.** Separação obrigatória de bens – **28.13.** Súmula 377 – **28.14.** Alteração do regime de bens: **28.14.1.** Ação de alteração – Leitura complementar.

Referências legais: CR 226; Dec. Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB) 7.º § 5.º; CC 265, 499, 544, 546, 550, 551 parágrafo único, 977, 978, 1.489 II, 1.511, 1.517, 1.519, 1.523, 1.525 a 1.532, 1.537, 1.550 § 2.º, 1.565, 1.566 III, 1.575, 1.576, 1.581, 1.639 a 1.688, 1.725, 1.727, 1.790, 1.829 e 2.039; CPC 73 § 1.º I, 74, 114, 125 I, 842, 843, 674 a 680 e 719 a 725, 734; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP) 167 I 12 e II 1, 244 e 245; Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada – EMC) 3.º; Lei 8.245/1991 (Lei do Inquilinato – LI) 3.º; Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha – LMP) 24 II; Lei 11.977/2009 (Programa Minha Casa Minha Vida) 35-A; Lei 12.344/2010.

28.1. VISÃO HISTÓRICA

Quando da edição do Código Civil de 1916, somente era reconhecida a família constituída pelo casamento. **Indissolúvel**, ensejava a união plena de vida e do patrimônio. O **regime legal** era o da **comunhão universal de bens:** todos os bens são do casal, de forma igualitária, não importando a origem ou a época de sua aquisição. Existia também o **regime dotal**: os bens

da mulher eram entregues à administração do marido e os rendimentos eram destinados a atender aos encargos do lar. Por ter-se mostrado inútil, não se tem notícia de ter sido utilizado, daí sua revogação.

Mais adiante, e com nítido **caráter protetivo** à mulher, surgiu o **Estatuto da Mulher Casada** (Lei 4.121/1962). Instituiu os **bens reservados**: a incomunicabilidade do patrimônio adquirido por ela com o fruto de seu trabalho. A consagração constitucional da **igualdade** entre o homem e a mulher levou ao reconhecimento da extinção do instituto, por afronta ao **princípio da isonomia**. Apesar de não ter acabado a discriminação, o patriarcalismo e o tratamento discriminatório de que ainda é alvo a mulher, ninguém mais tem coragem de sustentar sua permanência. Mas certamente a mantença desta situação é que levou ao surgimento dos **alimentos compensatórios**.

Com a **Lei do Divórcio** (Lei 6.515/1977), o regime legal de bens passou a ser o da **comunhão parcial**, que afasta a comunicação do acervo adquirido antes do casamento. Não se comunicam heranças, legados e doações percebidos por um dos cônjuges, a qualquer tempo, antes ou durante a união. O estado de condomínio se estabelece somente com relação aos **aquestos**, isto é, os bens adquiridos no período da vida em comum.

O **Código Civil atual** excluiu o regime dotal e as novidades foram: o **regime da participação final nos aquestos** e a possibilidade de **alteração do regime** de bens na constância do casamento.

Na **união estável** vigora o regime da comunhão parcial. Os companheiros podem optar por outro regime via **contrato de convivência**. Nada mais do que um pacto antenupcial, com acentuadas vantagens. Apesar de não imposta à união estável o injustificável regime da separação obrigatória de bens, de tal façanha encarregou-se a Justiça, que subtrai efeitos patrimoniais à união estável constituída por quem tem mais de 70 anos.

Ainda que exauriente a normatização legal sobre o regime de bens, inúmeras são as dificuldades para a partição do patrimônio no fim dos vínculos afetivos. Quem se considera preterido, humilhado e prejudicado, busca compensar a perda do sonho do amor eterno, tentando levar consigo a maior parte do acervo patrimonial. Por pura vingança, quer ficar com os bens de quem não mais o chama de meu bem!

28.2. TENTATIVA CONCEITUAL

O Estado considera a família a **base da sociedade** (CR 226) e, por isso, uma realidade digna da tutela jurídica. Daí a instituição do casamento através de regras imperativas consideradas de **ordem pública**. No momento em

que duas pessoas resolvem constituir uma unidade familiar, há a imposição de uma série de requisitos à sua celebração. Tal é a ingerência nos vínculos afetivos, que quase dá para considerar o enlace conjugal um verdadeiro **contrato de adesão**, em que a vontade dos noivos fica subordinada à lei, a um punhado de normas com a finalidade de regulamentar a vida a dois.

O **casamento** estabelece plena **comunhão de vida** (CC 1.511) e impõe deveres e obrigações recíprocos (CC 1.565). Ou seja, não é só uma comunhão de afetos. Também gera a solidariedade dos cônjuges entre si e frente à entidade familiar. Além da mútua assistência, responde o par pela criação dos filhos e a mantença do lar. São ambos responsáveis pela subsistência da família, devendo cobrir os custos e suprir os gastos com suas rendas e bens, na medida da disponibilidade de cada um. Não são muito diferentes os direitos e deveres na **união estável** que também se submete a imposições legais, ainda que o par tenha optado por não casar nem formalizar a união.

A convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios, tornando indispensável que, antes das núpcias, fiquem definidas as questões atinentes a bens e responsabilidades de cada consorte. A existência de bens individuais e a aquisição de bens comuns faz com que sejam estabelecidas questões de ordem econômica sobre o domínio e a posse do acervo patrimonial, quer existentes antes ou durante o casamento ou a união estável. Seus efeitos se refletem para depois do rompimento da convivência, pela separação ou pela morte de um do par.

A inclusão ou exclusão dos bens individuais e a comunicabilidade ou não do acervo amealhado antes ou depois da união, ditam as diretrizes dos regimes de bens e servem para definir a **origem**, a **titularidade** e o **destino** do patrimônio, permitindo diferenciar os diversos regimes de bens. Assim, antes do casamento, devem os noivos escolher um dos regimes existentes, mesclá-los, ou, ainda, criar um modelo exclusivo da forma que melhor lhes aprouver. Os companheiros podem fazer isso antes de darem início à união estável ou durante a sua vigência, de forma livre, por meio de contrato de convivência, sem a necessidade do amém judicial.

São previstos regimes de bens: **modelos pré-fabricados** criados pelo legislador e disponibilizados a quem vai casar ou simplesmente viver juntos. A doutrina traz uma classificação. São chamados **tipos primários** os quatro regimes previstos na lei. E de regime **secundário** a possibilidade de noivos e conviventes, mediante pacto antenupcial ou contrato de convivência, fazerem outras avenças.[1] Os direitos e deveres impostos aos cônjuges (CC

1. Rolf Madaleno, A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos..., 17.

1.566) e aos conviventes (CC 1.724) não têm eficácia vinculante e dispor diferentemente não configura afronta à lei. Porém, a autonomia da vontade é relativa, pois é proibido: afrontar disposição absoluta de lei (CC 1.655), dispor sobre direito sucessório (CC 426), e sobre alimentos (CC 1.707). Nada impede, porém, que, além de avenças de natureza patrimonial, sejam feitas deliberações de natureza pessoal.

O regime de bens é uma das **consequências jurídicas do casamento**. Não existe casamento sem regime de bens. É indispensável alguma espécie de regramento de ordem patrimonial. Quando não há a imposição legal do regime da separação, abstendo-se os noivos de eleger um regime de bens, o Estado faz a opção pelo **regime da comunhão parcial**. Se os nubentes não escolhem, há uma "escolha" da lei pelo regime legal.[2] A mesma postura supletiva ocorre na união estável. Se nada deliberam os conviventes via contrato escrito, o regime é o da comunhão parcial (CC 1.725).

Aos noivos basta pronunciar o "sim" na solenidade nupcial. Essa afirmativa, além de significar mútua aceitação, faz incidir um sem-número de regras que asseguram direitos e impõem deveres. A escolha do regime de bens rege a situação patrimonial durante o casamento e a união estável, mas principalmente, quando de sua dissolução, pelo divórcio ou morte de um do par.

28.2.1. Meação

É o direito que se tem à metade de algo enquanto outrem é proprietário da outra parte. De um modo geral, o universo dos bens adquiridos durante o período de convivência – seja casamento, seja união estável – pertence a ambos. Cada um é titular da **metade de cada bem**. Daí a expressão meação: metade dos bens comuns.

Triação é expressão utilizada para designar a divisão do patrimônio conjugal em três partes: triação ao invés de meação. Tal divisão pode acontecer quando há uniões simultâneas, ou seja, quando uma pessoa estabeleceu entidade familiar com outras duas pessoas ao mesmo tempo.[3]

A meação decorre da existência de comunhão de vida no momento do ingresso de bens na esfera jurídica dos cônjuges ou companheiros.[4] A

2. Érica Verícia de Oliveira Canuto, Liberdade de contratar..., 291.
3. Rodrigo da Cunha Pereira, União estável, 224.
4. Luiz Edson Fachin, Elementos críticos do Direito de Família:..., 85.

exceção fica por conta do **regime de bens** adotado, espontaneamente, pelo casal via pacto antenupcial ou contrato de convivência. Livremente o par pode pactuar de forma diferente. Em algumas hipóteses a lei impõe o regime da separação de bens: quando um ou ambos tiverem mais de 70 anos ou quando descumprirem a recomendação legal de não casar (CC 1.641).

Os bens que integram a meação de cada um são de sua propriedade exclusiva, ainda que permaneçam em estado de **mancomunhão**, feia expressão que não consta da lei, mas significa que o patrimônio comum pertencente a ambos em partes iguais.

A identificação do regime de bens tem grande significado durante o período da vida em comum e também quando do fim da convivência. O direito à meação é irrenunciável e durante o período de convívio não pode ser cedido nem penhorado.

É o regime de bens que permite saber se existe direito à meação. Somente nos regimes em que há comunhão de patrimônios cabe falar em mancomunhão. Depois é preciso identificar se os bens foram adquiridos gratuita ou onerosamente, durante a vigência da união ou em momento anterior. Esta é a única forma de apurar o patrimônio a ser dividido ao meio, a "meação".

No regime da **comunhão universal**, integra a meação todo o acervo patrimonial: os bens particulares de ambos e os adquiridos, a qualquer título, antes e depois da união. Na **comunhão parcial** a meação incide sobre os **aquestos**: o patrimônio adquirido no período da vida em comum. No regime da **participação final nos aquestos**, só cabe falar em meação quanto aos bens amealhados em comum. Os adquiridos em nome próprio sujeitam-se à compensação, e não à divisão. Mesmo na **separação obrigatória** (obrigatória porque é imposta por lei), existe direito à meação dos bens adquiridos, por força de Súmula do STF.[5] Mesmo neste regime é possível os cônjuges optarem pelo regime da separação convencional, caso em que a comunicabilidade dos aquestos desaparece.[6] Por fim, no

5. STF – Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

6. Retificação de registro civil. Casamento. Regime de bens. Pacto antenupcial. Regime de separação convencional e absoluta de bens. Afastamento da Súmula 377 do STF. Prevalência sobre o regime de separação obrigatória de bens. 1. O regime da separação convencional e absoluta de bens afasta a aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. 2. O regime de separação convencional e absoluta de bens, constante em pacto antenupcial, deve prevalecer sobre o regime da separação obrigatória de bens. (TJMG – AC 10000190487082001, Rel. Carlos Henrique Perpétuo Braga, j. 18/07/2019).

regime da **separação convencional**, inexiste comunicação de patrimônios. Esta é a única hipótese em que, a princípio, não há direito à meação, mas a jurisprudência vem admitindo o direito à partilha mediante prova da contribuição na formação do acervo patrimonial.

Seja qual for o regime de bens, a **doação** de um cônjuge ao outro implica em **adiantamento da legítima** (CC 544). Feita a doação a ambos, com o falecimento de um, transmite-se o bem, em sua integralidade ao outro (CC 551, parágrafo único).

Quando um do par tenta reduzir a meação de seu consorte, é necessário identificar o malicioso intento fraudatório, a ensejar a **desconsideração da personalidade jurídica**, chamada de ***disregard***. Como alerta Rolf Madaleno, aconselhável invocar o princípio da **revocatória falencial**, retroagindo no tempo para delimitar o período suspeito da fraude sobre os bens conjugais. Com facilidade, pode surgir a **fraude conjugal**. Durante a aparente harmonia da relação nupcial, o cônjuge que arquiteta a sua silenciosa separação, ou que foi notificado da vontade do consorte de se separar, esvazia, por ganância ou em represália, o patrimônio que tem disponibilidade de gerir. Iludindo a **boa-fé** de seu par, é extensa e imensurável a possibilidade de dano à meação do cônjuge desatento, que não percebe as más intenções do outro, ávido ou ressentido, mas empolgado em desativar o resultado material de uma falida relação conjugal.[7]

28.3. DISPOSIÇÕES GERAIS

Quando do casamento, é indispensável que esteja definido o regime de bens que irá reger as questões patrimoniais dos consortes. É necessária a existência de um regime de bens, pois o matrimônio não pode subsistir sem ele.[8] Salvo algumas raras e inconstitucionais exceções (CC 1.641), os noivos podem deliberar o que quiserem e da forma que melhor lhes aprouver sobre seus bens (CC 1.639). Não impõe a lei qualquer restrição, assegurando **plena liberdade** aos futuros cônjuges para fazer as estipulações que desejarem. Não estão condicionados às sugestões legais. Não há a **imposição de obrigatoriamente** escolherem um dos regimes disponibilizados pelo legislador.[9] Não limita a **autonomia de vontade** a assertiva

7. Rolf Madaleno, Do regime de bens entre os cônjuges, 218.
8. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 176.
9. JCJF – Enunciado 331: O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e pará-

constante do texto legal (CC 1.640, parágrafo único): *poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula*. Tampouco estão os noivos sujeitos a mesclarem, no máximo, dois ou mais regimes dentre os legalmente previstos. Tal restrição configuraria flagrante afronta ao **princípio da autonomia da vontade**. Livres são os nubentes, podendo estabelecer um regime peculiar.[10]

No pacto antenupcial podem dispor de um modo com relação aos bens particulares e de outra forma quanto aos que forem adquiridos durante o casamento. O direito à autorregulamentação permite adotar um regime e, com referência a determinados bens, outro. Assim, é possível ser escolhido o regime da separação total, estipulando, somente com relação a um determinado bem, presente ou futuro, o **regime da comunhão**. Do mesmo modo, podem escolher um regime para vigorar durante algum tempo, alterando-se para outro a partir de data certa ou evento incerto. Em qualquer destas hipóteses, deve constar no registro do casamento, que o regime de bens é **híbrido, atípico** ou **misto**.

A doutrina inclusive vai além. Rolf Madaleno sugere a criação do regime da **comunhão proporcional dos bens**, em que o patrimônio seria considerado comum na proporção dos ganhos de cada cônjuge. Também aventa a possibilidade de ser importado o modelo chileno – **regime da comunhão dos bens familiares** –, em que haveria a comunicabilidade dos bens comuns à família (residência, imóvel de lazer etc.) e separação de todos os demais que seriam próprios e exclusivos do cônjuge adquirente. Inclusive sugere a modernização do **pacto sucessório**, bem como sustenta a possibilidade de conversão do casamento em união estável.[11]

Nada justifica engessar a vontade dos cônjuges, até porque, na **união estável**, plena é a liberdade dos companheiros para estabelecerem, em contrato escrito, o que desejarem. No silêncio dos conviventes é que se aplica o regime da **comunhão parcial** (CC 1.725). No momento em que a Constituição da República concedeu o mesmo *status* ao casamento e à união estável, não há como dar tratamento mais benéfico a qualquer das entidades familiares. Assim, é necessário reconhecer como **inconstitucionais** limitações à liberdade de decidir questões patrimoniais no casamento (CC

grafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.

10. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 138.
11. Rolf Madaleno, A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos..., 23-28.

1.641), sem que exista qualquer restrição na união estável. Não há como chegar a outra conclusão. Mas a jurisprudência vem impondo as mesmas regras restritiva à união estável.

Nubentes e conviventes têm a liberdade de:

- ficarem em silêncio, sujeitando-se ao regime da comunhão parcial;
- escolherem um dos regimes pré-fabricados pelo legislador; ou
- criarem, por intermédio de pacto antenupcial, o regime que quiserem, definindo, da forma que melhor lhes aprouver, o destino dos bens passados, presentes e futuros.

O único limite é o mínimo ético de qualquer avença, que não deve afrontar disposição absoluta de lei (CC 1.655). Quedando-se em **silêncio** os noivos, nada manifestando antes do casamento, a lei supre a omissão e determina a incidência do **regime da comunhão parcial de bens** (CC 1.640). A própria inércia configura uma manifestação de vontade. Não sendo lavrada escritura pública de escolha do regime de bens, quando do processo de habilitação, é tomada por termo a opção pela comunhão parcial (CC 1.640, parágrafo único).

O mesmo ocorre na união estável, apesar de não estarem obrigados os conviventes a definirem o regime de bens antes do início da vida em comum. Mas se eles não desejarem o regime da comunhão parcial, necessariamente terão de se socorrer do **contrato de convivência**.

Os regimes disponibilizados pela lei, além de imporem obrigações aos cônjuges, disciplinam de modo diferenciado a propriedade, a administração e a disponibilidade, tanto dos bens anteriores ao casamento como dos adquiridos durante sua vigência. O regime de bens começa a vigorar na **data das núpcias** (CC 1.639 § 1.º) e cessa quando do **fim da convivência**. Superadas as previsões legais que atribuem à **separação judicial** o fim do regime de bens e a partilha do patrimônio (CC 1.575 e 1.576). Mesmo antes do fim da separação (EC 66/10), a jurisprudência já reconhecia ser a **separação de fato** que marca o fim da solidariedade familiar, sob pena de ensejar o locupletamento indevido de quem não colaborou para a aquisição do patrimônio. A norma do regime de participação final nos aquestos elucida com segurança a controvérsia (CC 1.683): *Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência.*

Estaria mais bem alocada entre as disposições gerais. Ainda assim, é de se entender aplicável em todos os regimes de bens.

28.3.1. Diferenças entre [illegible] regimes

A distinção entre os diversos regimes de bens se percebe mais facilmente identificando o número de **conjuntos** ou [illegible] que cada um deles compreende:

Comunhão universal de bens – forma-se **um único conjunto**. Todo o acervo patrimonial – tanto o preexistente ao casamento e pertencente a qualquer dos cônjuges, como tudo o que for adquirido durante a sua vigência – compõe uma só universalidade, a ser dividida igualmente entre os cônjuges, no fim do casamento, a título de **meação.**

Separação convencional, ou legal – há **duas [illegible] patrimoniais:** (1) os bens de um e (2) os bens do outro cônjuge. Cada um é titular de seu próprio patrimônio, quer tenha sido adquirido antes ou na constância do casamento. Quando da separação, nada há a dividir, e cada um fica com os bens que lhe são próprios.

Comunhão parcial – são **três os blocos:** (1) os bens particulares de um; (2) os bens particulares do outro, adquiridos antes do casamento; e (3) os aquestos – bens comuns adquiridos após o casamento, por ambos ou qualquer dos cônjuges. Solvido o casamento, cada um fica com seus bens particulares e mais a metade do patrimônio comum.

Participação final [illegible] aquestos – existem **cinco universalidades de bens:** (1) os bens particulares que um possuía antes de casar; (2) os bens que o outro já possuía. Depois do casamento, surgem mais três conjuntos: (3) o patrimônio adquirido por um dos cônjuges em nome próprio; (4) os adquiridos pelo outro em seu nome; e (5) os bens comuns adquiridos pelo casal. No caso de dissolução do vínculo, cada cônjuge fica com seus bens particulares e com a metade dos comuns. Com relação aos bens próprios de cada um, adquiridos durante o casamento, são **compensados** os respectivos valores. No caso de desequilíbrio, surge o **crédito** de um junto ao outro.

28.4. PRINCÍPIO [illegible] COMUNICABILIDADE

Rege o regime de bens o **princípio da comunicabilidade** do patrimônio amealhado depois das núpcias. Isso porque o casamento gera a comunhão de vidas (CC 1.511); os cônjuges têm o dever de mútua assistência (CC 1.566 III); e ambos são responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). Trata-se de princípio de nítido colorido ético, pois tenta evitar o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges frente ao outro. Mesmo sem a participação efetiva dos dois, há que dividir o patrimônio comum, independentemente de quem o tenha adquirido. Para ser afastada tal ló-

gica, é necessária expressa manifestação das partes, antes do casamento, mediante **pacto antenupcial**. Também a alteração pode ocorrer mediante a **mudança do regime de bens**, durante o casamento, mas por vontade dos cônjuges manifestada em juízo.

Primeiro é indispensável estabelecer algumas distinções. **Frutos** são acessórios produzidos periodicamente e que não alteram o bem principal. Ao contrário dos **produtos**, que não se reproduzem. Uma vez retirados, diminuem a quantidade do bem. Tanto uns quanto outros, pertencem ao seu proprietário, ainda quando separados do bem principal (CC 1.232). É a regra: o acessório segue o principal.

No âmbito do Direito das Famílias, a regra é a **comunicabilidade** dos frutos. Tanto dos bens comuns, como dos bens particulares de cada um dos cônjuges (CC 1.660 V e 1.669). Ou seja, mesmo que os bens sejam incomunicáveis, os seus frutos são **divisíveis**.

Como diz Ana Florinda Dantas,[12] no casamento e na união estável, a regulamentação quanto à divisibilidade dos frutos não segue a regra geral (CC 1.232). Os frutos pertencem, ainda quando separados, ao proprietário do bem principal. Aplica-se, diversamente, como regra, a comunicabilidade dos frutos dos bens, em atenção aos princípios constitucionais da proteção especial à família e da solidariedade familiar, assim como ao conceito de casamento como uma comunhão plena de vida.

Prevê a lei exceções ao princípio da comunicabilidade. O ônus de comprovar a não comunicação é de quem a alega.[13]

---

12. Ana Florinda Dantas, A divisibilidade dos frutos no regime de bens do casamento e na união estável...

13. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c partilha de bens. Sentença de procedência. Insurgência unicamente contra a divisão de bens. Tese de sub-rogação. Prova. Ausência. Regime equiparado ao da comunhão parcial de bens. Presunção de esforço comum. Partilha igualitária. Inteligência do art. 1.658 DO CC/2002. 1. Reconhecida a união estável, cabível à partilha de todos os bens adquiridos ao longo da vida conjugal. E os bens adquiridos na constância da vida em comum devem ser partilhados igualitariamente, pouco importando quem deu causa à separação e qual a colaboração prestada individualmente pelos conviventes, nos termos dos arts. 5º, § 1.º, da Lei nº 9.278/96 e 1.725 do CCB. 2. O ônus de comprovar o implemento de alguma das hipóteses de exceção ao princípio da comunicabilidade incumbe à parte que veicular alegação nesse sentido. Não comprovada a alegada sub-rogação na aquisição do bem referido, imperativa a partilha na proporção de 50% para cada litigante. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido. Unânime. (TJPA – AC 00026925520138140032, 1ª T. Dir. Priv., Rel. Maria do Ceo Maciel Coutinho, j. 02/03/2020).

Algumas delas bastante lógicas que se justificam por si. Mas algumas exclusões da comunicabilidade, previstas no regime da **comunhão parcial** (CC 1.659) e que se aplicam ao regime da **comunhão universal** (CC 1.668 V) são de todo absurdas, injustificáveis, injustas e, por tudo isso, inconstitucionais, é claro!

Eis algumas exceções desarrazoadas à comunhão:

- **CC 1.659 V: livros [illegible] instrumentos da profissão** – Trata-se de **exceção absoluta**, não admitindo prova em contrário. Porém, não há qualquer motivo para inverter a regra que tem por base o pressuposto da **solidariedade familiar**. Parece decorrer da suposição de que tais bens foram adquiridos exclusivamente pelo cônjuge que deles faz uso para o desempenho de seu trabalho. Ora, é descabido atribuir exclusivamente a um dos cônjuges bens adquiridos durante o casamento, pelo simples fato de serem de uso profissional. Cabe trazer como exemplo consultórios dentários, caminhões e até sofisticadas aparelhagens de som, cujos valores sabidamente são muito elevados. Sem qualquer fundamento, pressupõe a lei que foram comprados com dinheiro de quem os utiliza. O que se vê diuturnamente é exatamente o contrário: o esforço do par na aquisição dos meios para um deles desempenhar o seu ofício.

Talvez a previsão legal tenha buscado garantir o exercício profissional e, quiçá, assegurar a quem trabalha condições de proceder ao pagamento dos alimentos ao outro cônjuge e aos filhos. Ainda assim, a regra não se justifica. Basta priorizar que, na **partilha**, tal patrimônio fique com quem o utiliza. Até é possível cogitar da indisponibilidade ou, quem sabe, impedir a partilha ou a venda dos bens necessários ao exercício da atividade profissional. O que descabe é singelamente atribuir o bem a quem o utiliza. O uso não pode alterar o domínio.

Conquanto tenha o legislador previsto esta hipótese de exclusão da comunicabilidade, às claras que se trata de dispositivo desprovido de sustentação frente ao sistema jurídico. Nitidamente é fonte de **enriquecimento sem causa** de um com relação ao outro. Descabe atribuir a titularidade em razão da utilização para fins profissionais. Adquirido durante o casamento, o bem é **comum**. O só fato de ser utilizado por um dos cônjuges não tem o condão de excluir o coproprietário. À presunção de que os bens amealhados durante a vida em comum são fruto do esforço mútuo não pode ser oposta presunção outra – e absoluta – afastando a comunicabilidade, pelo

simples fato de serem utilizados na atividade laboral de um deles. Mas esta não é a única desarrazoada exceção à comunicabilidade, cuja aplicação se revela desastrosa.

- **CC 1.659 VI: proventos do trabalho pessoal**
- **CC 1.659 VII: pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes**

Estas expressões dizem com o proveito econômico do trabalho e de bens (CC 1.568 e 1.688). Não há como excluir da universalidade dos bens comuns os ganhos de cada cônjuge. Ora, se os proventos do trabalho não se comunicam nem se dividem outros ganhos congêneres, praticamente nada se comunicaria, pois a maioria das pessoas vive dos rendimentos do seu trabalho. Os frutos da atividade laboral dos cônjuges não podem ser considerados incomunicáveis, sob pena de aniquilar-se o regime patrimonial. Assim, quando a família sobrevive dos rendimentos do trabalho de um ou de ambos os cônjuges, acabaria se instalando sempre o regime da separação total de bens, ou melhor, não existiria regime de bens. Para contornar esta incongruência vem a jurisprudência estabelecendo diferenciações, nem sempre fáceis de serem feitas.[14]

São créditos oriundos do ofício de cada consorte.

Na verdade, é difícil precisar o momento exato em que os proventos do trabalho passam a ser bens comuns, volatilizados para atender às necessidades do lar conjugal.[15] Na ocasião em que a renda se transforma em **patrimônio** – por exemplo, pela compra de bens – opera-se a co-

14. Ação de divórcio e partilha de bens. Proventos do trabalho pessoal. Depósito em conta-poupança. Saldo bancário. Comunicabilidade. 2. Proventos do trabalho pessoal. Embora o inciso VI do art. 1.659 do CC estabeleça que os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge não se comunicam, tal regra é relativizada quando a verba se incorpora à economia familiar, ainda que nenhum bem móvel ou imóvel seja adquirido, refletindo, ao fim e ao cabo, o espírito de solidariedade, cumplicidade e comunhão de vidas de que se fala no casamento (art. 1.511 do CC). No caso, os valores em discussão, ainda que oriundos de honorários advocatícios percebidos pelo varão, foram creditados em conta poupança de sua titularidade, misturando-se com os demais depósitos e movimentações bancárias. É usual que, na vigência da vida conjugal, certo numerário seja dirigido a aplicações financeiras de qualquer natureza. Tão somente os valores que, modo incontroverso, possam ser identificados como originários de proventos pessoais e que neste status se encontravam ao tempo da separação de fato podem ser afastados da partilha. [...] Negaram provimento. Unânime. (TJRS – AC 70078571437, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 18/10/2018).

15. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 190.

munhão.[16] Cabe figurar a hipótese em que um dos consortes adquire os bens para o lar, enquanto o outro apenas acumula as reservas pessoais advindas de seu trabalho. Consoante reza a lei, os bens adquiridos serão partilhados, enquanto os recursos entesourados pelo outro restam-se incomunicáveis. Flagrantemente injusto que o cônjuge que trabalha e recebe salário, mas não converte suas economias em patrimônio, seja privilegiado e suas reservas consideradas crédito pessoal e incomunicável. Tal lógica compromete o equilíbrio da divisão das obrigações familiares. Descabido premiar o cônjuge que prefere conservar em espécie os proventos do seu trabalho.

Ao depois, há quem não exerça atividade remunerada. Cabe tomar como exemplo o **trabalho doméstico**, no mais das vezes desempenhado pela mulher. A ausência de remuneração no final do mês não significa que tais tarefas não dispõem de valor econômico. São atividades que auxiliam, e muito, na constituição do patrimônio, possibilitando que se acumulem reservas orçamentárias. Ditas economias não podem ser contabilizadas como salário do varão imune à divisão, enquanto a mulher, por não ter retorno pecuniário, não é beneficiária de dito privilégio.

Como bem refere Rolf Madaleno, antes tivesse o legislador abortado a ressalva da incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, em qualquer regime de comunhão de bens, quando é sabido que, via de regra, proveem do labor pessoal de cada cônjuge os recursos necessários à aquisição dos bens conjugais. Premiar o cônjuge que se esquivou de amealhar o patrimônio por ter preferido conservar em espécie os proventos do seu trabalho pessoal é incentivar uma prática de evidente desequilíbrio das relações conjugais econômico-financeiras.[17]

As exceções ao princípio da comunicabilidade transformam-se em fonte de terríveis injustiças. São hipóteses que não admitem qualquer questionamento, gerando presunções *juris et de jure* em confronto com as normas que sustentam o regime de bens. Isto é o que basta para justificar a inaplicabilidade dessas regras de exceção, desprovidas de qualquer justificativa. Excluir da comunhão quer os ganhos dos cônjuges, quer os instrumentos de trabalho utilizados por cada um gera desequilíbrio que deságua em prejuízos injustificados e vantagens indevidas.

16. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 183.
17. Rolf Madaleno, Direito de Família, 724.

28.5. ADMINISTRAÇÃO

Sempre que a lei tem como indispensável a atuação **conjunta** dos cônjuges, é expressa a respeito. É o que ocorre na **emancipação** (CC 5.º parágrafo único I) e na **autorização para o casamento** do filho adolescente (CC 1.517). Também a **administração do bem de família** compete a ambos (CC 1.720). Quanto ao mais, cada um pode praticar sozinho os atos não vedados expressamente (CC 1.663).

No âmbito das relações patrimoniais, em qualquer dos regimes de bens, os cônjuges dispõem de relativa autonomia na administração, manutenção e conservação do seu patrimônio (CC 1.642 II).

Os **bens próprios** de cada um são administrados por seu proprietário.

Pelas dívidas contraídas na administração dos bens particulares não respondem os bens comuns (CC 1.666).

Ambos podem livremente praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua **profissão** (CC 1.642 I).

Como o casal exerce em igualdade de condições a administração do patrimônio conjugal, cada um tem o poder de, independentemente da autorização do outro, adquirir o necessário à **economia doméstica**. As compras podem ser feitas a crédito ou até mesmo mediante empréstimo (CC 1.643). Presume-se a concordância do par. O ato é **válido**, com o que se preservam os interesses de terceiros. No entanto, pode ser **ineficaz** frente ao cônjuge que não consentiu com tais gastos.[18] Aquele que se sentir prejudicado pode contestar em juízo a dívida, e o valor correspondente à metade do encargo, que corresponde a sua meação, deve ser reconhecido como **bem reservado**.

Araken de Assis chama de **impenhorabilidade material relativa** à proteção de alguns bens contra determinados atos isolados de um dos cônjuges (CC 1.647 a 1.652).[19]

Em sede de responsabilidade patrimonial dos cônjuges, cabe atentar que ao menos a um artigo do **Estatuto da Mulher Casada** não se encontra revogado (EMC 3.º): *Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação.* Essa norma permanece no sistema

18. Idem, 58.

19. Araken de Assis, Manual do processo de execução, 241.

jurídico, nunca foi derrogada, pois jamais outra lei dispôs sobre o tema. Inclusive sua vigência é referendada na lei civil, ao afirmar, ainda que de forma pouco clara, no mesmo sentido (CC 1.663 § 1.º): *as dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.*

Pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges, responde o **patrimônio comum**. Na hipótese de a dívida ser somente de um, cabe a **penhora** exclusivamente da meação do devedor. Em se tratando de **bem indivisível**, a quota-parte do cônjuge alheio à execução é preservada sobre o produto da alienação do bem (CPC 843). Comprovado que a dívida reverteu em benefício da família, possível a penhora da meação **do outro**. Em se tratando de dívida de **qualquer natureza** assumida por um dos cônjuges, cabe ao outro a prova da ausência de benefício, pois é do casal a responsabilidade pelos encargos da família (CC 1.565). Como há a presunção de que os gastos são feitos em proveito da família, compete ao cônjuge que se insurge contra a dívida é que o ônus de provar não ter havido benefício comum.

Assim, presume-se que as dívidas são contraídas para tal fim, e quem quer derrubar a presunção tem o ônus da prova. Até porque, para o credor, é praticamente impossível fazer prova em sentido contrário.

A **Lei Maria da Penha** (Lei 11.340/2006) admite que o juiz proíba temporariamente a celebração de contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, por meio de medida protetiva de urgência (LMP 24 II).

O programa habitacional denominado **Minha Casa Minha Vida**, sensível à vulnerabilidade feminina, prevê que, independentemente do regime de bens, nas hipóteses de dissolução da união estável ou divórcio, o imóvel será registrado em nome da mulher ou a ela transferido. O título de propriedade somente será atribuído ao homem se ele restar com a guarda exclusiva dos filhos (Lei 11.977/2009 35-A e parágrafo único).

28.6. VEDAÇÕES – BENS IMÓVEIS

É vedado a qualquer do par **vender** ou dar em **hipoteca bens imóveis** sem a anuência ou suprimento do consentimento do outro (CC 1.647 I).[20]

20. JCJF – Enunciado 340: No regime da comunhão parcial de bens é sempre indispensável a autorização do cônjuge, ou seu suprimento judicial, para atos de disposição sobre bens imóveis.

Essa regra comporta exceções. No regime de **participação final nos aquestos**, é possível convencionar no pacto antenupcial a livre disposição dos bens imóveis particulares (CC 1.656).

No regime da **separação convencional** (CC 1.687), modo expresso, é assegurada a liberdade de cada cônjuge alienar e gravar de ônus real seus bens. Restrições à capacidade negocial do casado estão claramente postas na lei (CC 1.647). A não ser no **regime da separação absoluta de bens**, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro ou por suprimento judicial (CC 1.648):

- alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;
- pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos (CPC 73 § 1.º I).

O cônjuge que não participou destes atos tem o direito de pleitear a sua anulação (CC 1.649). A jurisprudência, no entanto, em respeito ao adquirente, reconhecido como **terceiro de boa-fé**, tem mantido o negócio, determinando que o vendedor pague a parte que o cônjuge ou companheiro faria jus. Esta solução, absolutamente ao arrepio da lei, acaba beneficiando quem agiu de má-fé e descumpriu a lei.[21]

Durante o período da vida em comum, o prazo é de **dois anos da data do ato**, prazo este que se estende até dois anos após o término da sociedade conjugal.[22]

Qualquer que seja o regime de bens (CC 978), o **empresário casado**, pode dispor dos bens da empresa, não havendo necessidade da **outorga conjugal**. Trata-se de regra perigosa, visto que enseja a burla ao regime mediante a alegação de que o imóvel integra o patrimônio da empresa,

---

21. Ação de anulação de negócio jurídico, cumulada com indenização. Alienação de bens realizada por apenas um dos cônjuges na constância do casamento. Regime da comunhão parcial. [...] Inexistindo consentimento do cônjuge que não participou do negócio jurídico ou suprimento judicial, é anulável a venda, apenas pela mulher, de bem imóvel adquirido durante a constância do casamento celebrado no regime da comunhão parcial de bens. Intelecção dos arts. 1.647, I e 1.649 do CC. Considerando o disposto nos arts. 1.658 e 1.660, I, do CC, havendo a alienação, apenas por um dos cônjuges, sem o consentimento do outro, de bem imóvel adquirido durante o casamento, de rigor a condenação daquele que obteve vantagem com a venda, a restituir metade do valor recebido, corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora. [...] Apelo da ré desprovido e apelo do autor provido em parte. Unânime. (TJRS – AC 70078413762 RS, 20ª C. Civ., Rel. Dilso Domingos Pereira, j. 30/01/2019).
22. Rosa Maria de Andrade Nery, Manual de Direito Civil: família, 286-287.

o que facilita o desvio malicioso de bens.[23] São essas brechas legais que autorizam invocar o princípio da *disregard* na hora de dividir patrimônios.

Fora tais exceções, vender ou comprometer bens imóveis depende do consentimento de ambos. A concordância do cônjuge também é necessária para a **locação** de bem comum por prazo superior a 10 anos (Lei 8.245/1991 3.º). Para alienar ou gravar de **ônus real** bens imóveis é necessário o que se chama de **vênia conjugal**, ou seja, que ambos firmem o documento. Quando um dos cônjuges se nega a concordar com a alienação ou a instituição do gravame, é possível buscar o **suprimento judicial do consentimento** (CC 1.648 e CPC 74). Não apresentado motivo justo à resistência ou provada a impossibilidade, o juiz supre a manifestação de vontade (CC 1.648). Esse procedimento é necessário também nos casos em que é impossível a concessão da outorga uxória, por se encontrar o cônjuge em lugar inacessível, incerto ou não sabido.

Mesmo que se trate de **bem particular**, adquirido antes do casamento, a outorga é necessária. Neste caso o pedido de suprimento nem precisa ser justificado. Trata-se de **direito potestativo** do titular do domínio. Quando tais atos são praticados, a lei os rotula de **anuláveis** (CC 1.649), mas a jurisprudência reconhece simples **ineficácia**, assegurando o direito de se ressarcir junto ao cônjuge e não frente ao adquirente.

Apesar das dúvidas que têm assaltado a doutrina, não se pode identificar, no regime da comunhão parcial de bens, uma nova exceção (CC 1.665): *a administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial.* O uso da expressão **disposição** não significa liberdade para alienar bens imóveis, ainda que sejam bens particulares. Há quem sustente a inconstitucionalidade de tal dispositivo,[24] ou simples equívoco redacional do legislador.[25]

Nem mesmo **em juízo** pode um dos consortes agir sem a concordância do outro quanto aos **bens imóveis** ou direitos a eles relativos (CC 1.647 II). Assim, é necessário que as **ações reais imobiliárias** sejam propostas por ambos (CPC 73). Nas **ações possessórias** a citação do par é indispensável em caso de composse ou de ato praticado pelo casal (CPC 73 § 2.º). Forma-se,

23. Sérgio Gischkow Pereira, Observações sobre os regimes de bens e o novo Código Civil, 21.
24. Lia Palazzo Rodrigues, Algumas considerações sobre o Direito de Família..., 200.
25. Sérgio Gischkow Pereira, Observações sobre os regimes de bens e o novo Código Civil, 21.

por força de lei (CPC 114), um **litisconsórcio necessário**, ou no polo ativo ou no polo passivo da demanda. Negando-se um dos cônjuges a intentar a ação, o outro pode solicitar o **suprimento judicial do consentimento** (CPC 74). De qualquer forma, e apesar da resistência, figuram ambos na ação, sujeitando-se os dois aos efeitos da sentença.

Quando a demanda é promovida por **um** dos consortes **contra o outro**, claramente não é preciso a autorização para a propositura da ação. Tendo um deles agido indevidamente, praticando ato quando não estava autorizado, pode o outro, sozinho, por si ou seus herdeiros, desconstituir a alienação ou o gravame levado a efeito sem a sua aquiescência (CC 1.642 III).

Na hipótese de ser **penhorado** bem imóvel ou direito real sobre imóvel, deve ser intimado o cônjuge do executado, salvo se forem casados em regime de separação absoluta de bens (CPC 842). Nem mesmo em **execução fiscal** cabe a penhora.[26] A defesa da meação é feita por meio de **embargos de terceiro** (CPC 674 § 2.º I).[27]

Indicado bem imóvel, se pedida de **substituição da penhora**, é necessária a anuência do cônjuge. Tratando-se de penhora de bem indivisível, o equivalente à quota-parte do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação (CPC 843).[28]

---

26. TFR – Súmula 112: Em execução fiscal, a responsabilidade pessoal do sócio-gerente de sociedade por quotas, decorrente de violação da lei ou excesso de mandato, não atinge a meação de sua mulher.

27. STJ – Súmula 134: Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação.

28. Reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha de dívida. Benefício da família. Ônus da prova. Sentença reformada. [...] 2. De acordo com o art. 1.725 do Código Civil, na dissolução da união estável em que vige o regime da comunhão parcial de bens, a regra será a divisão dos bens e das dívidas adquiridas na constância da sociedade conjugal. 3. Os artigos 1.643 e 1.644 do Diploma Civilista preceituam que se presume em benefício da família as dívidas contraídas por um dos companheiros, salvo se o meeiro fizer prova em contrário. 4. No caso, considerando a inexistência de prova de que os valores obtidos por meio de empréstimo não se reverteram em prol da família, cabe à companheira o ônus de arcar, a partir do término da união estável, com metade dos valores remanescentes das parcelas dos créditos obtidos junto à Instituição Financeira, pois se presume que as anteriores foram adimplidas pelo casal mediante esforço comum. [...] 5. Recurso conhecido e provido. (TJDF – AC 20150510128844, 2ª T. Civ., Rel. Sandoval Oliveira, j. 04/07/2018).

28.6.1. Vedações – Aval ■ fiança

Nenhum dos cônjuges pode prestar **aval** ou **fiança** sem o consentimento do outro (CC 1.647 III). Isso em qualquer regime de bens. Como, de um modo geral, são **garantias de favor**, que não trazem benefício à família, merecem **interpretação restritiva** e não há como comprometer o patrimônio comum. Essa é a justificativa para a exigência. Diz a lei que o ato é **anulável** (CC 1.649), sendo que o prazo prescricional é de dois anos. O cônjuge alijado pode ratificar o ato mediante escritura pública ou instrumento particular com firma reconhecida (CC 1.649 parágrafo único).

A referência é somente à fiança, mas nada justifica emprestar tratamento diferente ao aval, que também é uma garantia de favor, só que emprestada a título de crédito.[29] Quando o fiador omite ou presta informação inverídica sobre seu verdadeiro estado civil, o STJ tem mitigado a regra da nulidade integral da fiança, em homenagem à **boa-fé objetiva**, resguardando a meação do cônjuge não anuente.[30]

---

29. Embargos de terceiro. Aval sem outorga uxória. Regime de bens. Agravo interno conhecido e não provido. 1. O recebimento dos embargos de terceiro enseja a suspensão automática da execução. 2. O aval prestado pelo cônjuge sem a devida outorga uxória é anulável, tornando insubsistente toda a garantia, e não apenas de preservar ■ meação. 3. Deveria o banco agravante ter agido com cautela e exigido toda ■ documentação necessária para realizar ■ transação. 4. Agravo interno conhecido e não provido. (TJPI – AI 00093400220168180140, 1ª C. Cív., Rel. Des. Fernando Carvalho Mendes, j. 16/05/2017).

30. Embargos de terceiro. Contrato de locação. Fiança sem outorga uxória. Manutenção da garantia prestada. Possibilidade. Princípio da boa-fé objetiva. Ineficácia quanto ao cônjuge que a ela não anuiu. Bem de família. Impenhorabilidade. Exceção. Meação do cônjuge preservada. 1. Apelação interposta da r. sentença, proferida em embargos de terceiro, que julgou improcedentes os pedidos de nulidade de fiança prestada e de desconstituição de penhora sobre bem imóvel, ainda que ausente ■ outorga uxória. 2. Nos casos em que o fiador omite ou presta informação inverídica sobre seu verdadeiro estado civil, o e. STJ tem mitigado a regra da nulidade integral da fiança, em homenagem à boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil, para, resguardando-se ■ meação do cônjuge não anuente, manter a fiança prestada sem ■ outorga marital. 3. O artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/1990 possibilita constrição do bem de família, em virtude de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. 4. A indivisibilidade do bem de família constrito não impede que se proceda ao leilão judicial, com a reserva do equivalente à quota-parte do cônjuge alheio à execução sobre o produto da alienação do bem. Precedentes. 5. Apelação do embargante conhecida e desprovida. (TJDF – AC 20160110765335, 3ª T.. Cív., Rel. Cesar Loyola, j. 19/07/2017).

A mera concordância do cônjuge ou do companheiro para a concessão do aval (CC 1.647), não o torna avalista. Desse modo, não precisa ser citado para a cobrança. Basta ser intimado.[31]

Inválida é somente a fiança e o aval, não **a intervenção como garantidor**[32] ou a obrigação assumida na condição de **devedor solidário** em empréstimo bancário.[33]

28.6.2. Vedações – Doações

O doador casado não pode doar ou transferir bens móveis ou imóveis à pessoa com quem mantém uma união concomitante ao casamento e tampouco ao cúmplice de relação eventual. Ou seja, é **anulável** a **doação** ou a **transferência de bens** feita a partícipe de relacionamento extraconjugal. Não faz o legislador qualquer ressalva ao regime de bens do casamento. A expressão "cúmplice" é encharcada de conservadorismo, pois dá conotação criminosa à infidelidade, não se podendo olvidar a tendência de reconhecer direitos às **famílias simultâneas e pluriafetivas**.

Dispõe o cônjuge traído de legitimidade para buscar a anulação do ato de liberalidade. Quanto ao **prazo** para a desconstituição, parece à primeira vista haver contradição entre dois dispositivos legais. No capítulo da **doação** está dito (CC 550): *A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.* No entanto, no capítulo que trata do **regime de bens**, está assegurado a qualquer dos cônjuges (CC 1.642

31. Recurso especial. Execução. Avalista. Cônjuge. Ausência de garantia real. Necessidade de citação. Litisconsórcio necessário. Inexistência. 1. O cônjuge que apenas autorizou seu consorte a prestar aval, nos termos do art. 1.647 do Código Civil (outorga uxória), não é avalista. Dessa forma, não havendo sido prestada garantia real, não é necessária sua citação como litisconsorte, bastando a mera intimação, como de fato postulado pelo exequente (art. 10, § 1º, incisos I e II, do CPC de 1973). 2. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ – REsp 1.475.257/MG (2014/0207179-2), Rel. Maria Isabel Gallotti, j. 10/12/2019).

32. Embargos de terceiro. [...] Instrumento particular de confissão de dívida. Devedor que figura como interveniente garantidor solidário. Outorga uxória. Não aplicação. [...] Obrigando-se o cônjuge como garantidor solidário e não como fiador, prescindível a exigência de outorga uxória para a validade da garantia prestada em Instrumento Particular de Confissão de Dívida. (TJMT – AC 00108498820138110003 (96988/2016), 1ª C. Cív., Rel. Desa. Nilza Maria Pôssas de Carvalho, j. 07/02/2017).

33. JCJF – Enunciado: O aval não pode ser anulado por falta de vênia conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu.

V): *reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos.*

O **conflito** entre os dois dispositivos é apenas aparente. O prazo de **dois anos** (CC 550) tem início a partir da **dissolução** da sociedade conjugal, que acontece pela **morte** de um dos cônjuges, com o **divórcio** ou quando do **trânsito em julgado** da sentença que **anula** o casamento. Não fala a lei em separação de fato. Já o outro dispositivo (CC 1.642 V) autoriza a reivindicação dos bens comuns enquanto apenas **separado de fato** o casal por mais de cinco anos. Ora, se os cônjuges estão separados, não há como se falar em **concubinato**. Cabe atentar que a referência é ao concubino (CC 1.727), e não ao convivente da união estável (CC 1.723).

Assim, enquanto **não dissolvido** o vínculo matrimonial pode o cônjuge reivindicar os bens que foram doados ou transferidos ao amante. Até **cinco anos** após a separação de fato, nenhuma prova precisa ser produzida. Trata-se de direito **potestativo**. Decorridos mais de cinco anos, é necessária a prova da ausência de participação do companheiro para anular o ato dispositivo (CC 1.642 V). Como quem pede a anulação da doação é o cônjuge que se sentiu preterido, cabe a ele provar que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum, e sim que se trata de **doação**.

Depois da **dissolução** do casamento passa a fluir o lapso decadencial de **dois anos** para o pedido de anulação, que também não carece de qualquer prova.

Em ambos os dispositivos (CC 550 e 1.642 V), a referência é ao "**concubino**" ou ao "**cúmplice**" de relação adulterina, figuras que só existem durante a vigência do casamento. Pode-se então concluir que somente as doações e transferências feitas antes da separação de fato é que estariam sujeitas à anulação. No entanto, a referência a "**bens comuns**" (CC 1.642 V) permite pensar que estão sujeitas à desconstituição as liberalidades levadas a efeito depois da cessação da vida em comum, mas antes da partilha de bens. Diga-se o mesmo quanto à referência ao **"esforço do concubino"** para a aquisição do bem, a evidenciar que se trata de bem adquirido depois da cessação da convivência conjugal, quando não mais cabe falar em **"bem comum"**. Tais impropriedades são reflexos do descompasso da legislação em relação ao já sedimentado entendimento jurisprudencial, no sentido de que é o **fim da vida em comum** que leva à cessação do estado condominial dos bens e da comunicação patrimonial. Com o estabelecimento desta diferenciação, tudo se soluciona com facilidade. Só se podem reivindicar

bens amealhados durante a vida em comum. O que foi adquirido depois não mais se comunica com o cônjuge, descabendo pretensão anulatória.

28.7. PACTO ANTENUPCIAL

O pacto antenupcial ou pré-nupcial está regulado nos arts. 1.653 a 1.657 do CC, mas a norma que autoriza sua celebração encontra-se entre as disposições gerais do regime de bens (CC 1.639). Embaralhamento mais do que injustificável.

Antes do casamento, durante o **processo de habilitação** (CC 1.525 a 1.532), podem os noivos, livremente, estipular o que quiserem sobre o regime de bens (CC 1.640 parágrafo único). Essa liberdade só não é absoluta porque, em determinadas situações, impõe a lei o **regime obrigatório da separação de bens** (CC 1.641).

O pacto precisa ser feito por **escritura pública**. É condição de sua validade, por expressa disposição legal (CC 1.653). Como é possível casamento por procuração (CC 1.542), nada impede que o pacto também seja firmado por **procurador** com poderes especiais.[34]

Diverge a doutrina sobre sua **natureza jurídica**. Uns o consideram um **contrato**; outros, um **negócio jurídico**.[35] Mas nada mais é do que um **contrato conjugal**. Como traz consigo a noção de **negócio jurídico bilateral**, as prestações e contraprestações devem ser equivalentes. Se houver prejuízo para apenas um dos nubentes, é nulo. Não se pode admitir qualquer disposição que contrarie ou infrinja direitos fundamentais ou de personalidade, e que assim atribuísse direitos para apenas um dos cônjuges em detrimento do outro.[36]

Sua **eficácia** está sujeita a **condição suspensiva** (CC 1.639 § 1.º e 1.653): o casamento. O pacto existe, tem validade, faltando-lhe apenas a **eficácia** que vem depois, com o casamento.[37] A ineficácia cinge-se apenas aos efeitos de ordem patrimonial do casamento, não afetando outras declarações de vontade contidas no negócio jurídico, como o reconhecimento de um filho. A eficácia do regime de bens perdura até que o casamento venha a

34. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 185.
35. Ver, por todos, Francisco Cláudio de Almeida Santos, O pacto antenupcial e a autonomia privada, 196.
36. Gustavo Tepedino, Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil, 21.
37. Francisco Cláudio de Almeida Santos, O pacto antenupcial e a autonomia privada, 196.

ser dissolvido pela **morte** ou pelo **divórcio**. A esse rol é de se acrescentar a **separação de fato**. Afinal, cessada a convivência, é fatal concluir que também se extinguiu a colaboração recíproca.[38]

A lei não estabelece **prazo de validade do pacto**. Apesar da referência de que a opção pelo regime de bens ocorre **no processo de habilitação** para o casamento (CC 1.640 parágrafo único), o pacto não está sujeito ao **prazo** da habilitação, que é de 90 dias, a contar da extração do certificado (CC 1.532). Mesmo caducando a habilitação, persiste válido o pacto.

O **prazo prescricional** da ação para anular o pacto por vício de vontade é de quatro anos.[39] É descabida a participação de terceiros no processo, em respeito à intimidade e à privacidade das partes envolvidas.[40]

Na hipótese de, firmado o pacto antenupcial, os noivos passarem a viver em **união estável** –bem como a possibilidade de a união estável se transformar em casamento –, gera-se alguns questionamentos. Em ambas as circunstâncias a resposta é a mesma: a manifestação de vontade formalizada por pública escritura tem eficácia imediata. Rege não só o regime patrimonial após o casamento, mas também a união estável que existia antes ou se constituiu após os noivos desistirem do casamento, mas não do relacionamento. E passaram a viver em união estável.[41]

---

38. Cristiano Chaves de Farias e outros, Manual de Direito Civil, 1.228.

39. Pretensão de anular pacto antenupcial. Decadência. A pretensão de anular pacto antenupcial, mediante alegação de vício de consentimento, versa sobre anulabilidade, e tem prazo decadencial expressamente previsto em lei, que é de quatro anos, contados da data em que celebrado o negócio. No caso, entre a celebração do pacto antenupcial e do casamento, e a dedução do pedido de anulação em juízo, transcorreram-se mais de 9 anos. De modo que é inafastável o reconhecimento de que efetivamente operou-se a decadência. Negaram provimento. (TJRS – AI 70082776055, 8ª C. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 31/10/2019).

40. Ação de anulação de pacto antenupcial. Intervenção de terceiro. Indeferimento do pleito. Prevalência da preservação da intimidade e privacidade do casal em detrimento do interesse puramente econômico do terceiro interveniente. Manutenção da decisão impugnada. Agravo não provido. 1) O direito à intimidade e à privacidade das partes envolvidas na ação de nulidade de pacto antenupcial se sobrepõe ao interesse do agravante, eis que se afigura estritamente econômico, podendo ser garantido sob outra modalidade que não a intervenção de terceiros. 2) Agravo de instrumento não provido. Agravo interno prejudicado. (TJAP – AI 00020411820198030000, Rel. Rommel Araújo de Oliveira, j.17/07/2020).

41. [...] 1. O regime de bens vigente na constância da união estável durante o período entre os dois casamentos dos litigantes é o da comunhão parcial, caso não haja contrato escrito estabelecendo de forma diversa (art. 1.725 do Código Civil e 5° da Lei n° 9.278/1996). 2. O contrato pode ser celebrado ▪ qualquer momento da

Ambos os instrumentos refletem a manifestação de vontade das partes em delimitar a vida patrimonial da relação mediante documento escrito. Consagrado o instituto da conversão substancial do negócio jurídico (CC 170), é permitido o aproveitamento a declaração de vontade negocial firmada pelas partes, tratando-se de um ato de **qualificação jurídica.**[42]

No entanto, se os noivos viviam em união estável, e firmaram **contrato de convivência por escritura pública** prevendo expressamente que seus termos valeriam caso viessem a casar, o documento vale como pacto antenupcial. O mesmo ocorre se tal estipulação consta em **contrato de namoro**. Levado a efeito por pública escritura, substitui o pacto antenupcial, se assim ficou explicitado.

Eleito o **regime da comunhão parcial**, não há necessidade de ser feito pacto antenupcial, pois este é o **regime legal** (CC 1.640). Basta a manifestação de vontade dos noivos ser **reduzida a termo** quando da habilitação (CC 1.640 parágrafo único). No entanto, se não foi lavrado o pacto antenupcial elegendo regime de bens diverso do legal, por culpa do registrador civil, possível suprir judicialmente o erro.[43]

A distinção, no entanto, perdeu muito de seu significado. A inconstitucional diferenciação entre casamento e união estável existentes no Código Civil, no que diz com o direito de **concorrência sucessória** foi banida pelo STF.[44] Apesar de, equivocadamente, ter sido e eleito o regime de do casamento (CC 1.829), que gera o enriquecimento sem causa.

---

união estável, tendo como único requisito a forma escrita. Assim, o pacto antenupcial prévio ao segundo casamento, adotando o regime da separação total de bens ainda durante a convivência em união estável, possui o efeito imediato de regular os atos a ele posteriores havidos na relação patrimonial entre os conviventes, uma vez que não houve estipulação diversa [...] 4. Recurso especial a que se nega provimento, na parte conhecida. (STJ – RESP 1.483.863, 4ª T., Rel. Maria Isabel Gallotti, j. 10/05/2016).

42. Thiago Felipe Vargas Simões, Regimes de bens no casamento e..., 125.

43. Suprimento de registro civil. Casamento celebrado sob o regime da comunhão universal de bens. Ausência de pacto antenupcial. Possibilidade de retificação. Se os recorrentes optaram pelo regime da comunhão universal de bens (registrado na certidão de casamento), e somente não elaboraram o pacto antenupcial diante da omissão do oficial do registro, evidente o erro de fato, devendo ser julgado procedente o pedido dos autores, declarando suprida a falta do registro do pacto antenupcial, convalidando-se o regime de comunhão universal de bens adotado no casamento dos autores. (TJMG – AC 10261170099517001, Rel. Renato Dresch, j. 19/04/2018).

44. STF – Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas

Tanto o pacto antenupcial quanto o contrato de convivência são manifestações de vontade acessórias e condicionadas à existência da relação familiar. Como afirma Flávio Tartuce, o que deve prevalecer é a autonomia privada manifestada pelas partes no pacto, prestigiando-se a vontade individual dos envolvidos e a sua autonomia para a prática dos atos civis. Deixa-se de lado, portanto, exagerado apego a formalismos, com o que o Direito Civil Contemporâneo não pode mais conviver.[45]

O pacto antenupcial não se destina, exclusivamente, à eleição do regime de bens. É exigível a **promessa de doação** feita por um dos noivos ao outro.[46] Também é possível os noivos fazerem **doações recíprocas**. Adotado o **regime da comunhão universal**, tais previsões são inócuas, pois, recebido o bem doado, ele passaria a pertencer também ao doador. Assim, para ser válida a doação, é necessária a imposição de **cláusula de incomunicabilidade**. O doador deve expressamente consignar que o bem doado ficará exclusivamente para o donatário (CC 1.668 IV). Deste modo, há a instituição de **bem reservado**, já que os bens doados não se comunicam.

Além dos noivos ou seus representantes, podem **terceiros** participar do ato de lavratura do pacto antenupcial e fazer **doação de bens ao casal**. A eficácia de tais liberalidades fica condicionada à ocorrência do casamento (CC 546).

---

hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

45. Flávio Tartuce, Conversão de pacto antenupcial em contrato de convivência.

46. Recurso especial. Direito de Família. Ação cominatória. Outorga de escritura da nua-propriedade de imóvel objeto de promessa de doação celebrada mediante pacto antenupcial. Exigibilidade da obrigação. Transação posterior. Efeitos. 1. Controvérsia em torno da validade e eficácia de negócio jurídico celebrado entre partes, mediante escritura pública de pacto antenupcial, na qual o réu assumiu o compromisso de doar imóvel à autora, posteriormente substituído por outro bem imóvel (apartamento). [...] 4. Hipótese dos autos em que a liberalidade não animou o pacto firmado pelas partes, mas sim as vantagens recíprocas e simultâneas que buscaram alcançar a aquiescência de ambos ao matrimônio e ao regime de separação total de bens, estabelecendo o compromisso de doação de um determinado bem à esposa para o acertamento do patrimônio do casal. 5. Aplicação analógica da tese pacificada pela Segunda Seção no sentido da validade e eficácia do compromisso de transferência de bens assumidos pelos cônjuges na separação judicial, pois, nestes casos, não se trataria de mera promessa de liberalidade, mas de promessa de um fato futuro que entrou na composição do acordo de partilha dos bens do casal. (EREsp nº 125859/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Segunda Seção, DJ 24/03/2003). 6. Precedentes específicos desta Corte. 7. Recurso especial desprovido. (STJ – REsp 1.355.007, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 27/06/2017).

É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular o que desejarem **quanto aos seus bens**, presentes e futuros. Sustenta Cláudio Santos que o limite é tão só a afronta à lei (CC 1.655), sob pena de se atentar contra o princípio da **autonomia da vontade privada**. E acrescenta: as restrições legais não são enumerativas ou expressas, não devendo o intérprete confiar apenas no direito escrito para extrair as limitações impostas aos pactuantes.[47] De qualquer modo, nada impede que os noivos disciplinem **questões existenciais**, de natureza não patrimonial.[48] Também não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre **questões domésticas**. Ainda que não haja a possibilidade de a execução de algumas avenças ser buscada na via judicial, ao menos como acordo entre eles têm plena validade. Pode ficar definido, por exemplo, quem irá ao supermercado, bem como que é proibido fumar no quarto, deixar roupas pelo chão etc.

Apesar das controvérsias, não há qualquer restrição a que seja pactuado o pagamento de **indenização** por um dos cônjuges a favor do outro, por exemplo, em caso de infidelidade. Divergem as opiniões sobre a validade de tais avenças. Mathias Coltro as admite,[49] mas Cláudio Santos as reconhece como inconciliáveis com a comunhão plena de vida.[50]

Mas há algumas restrições.

A tendência é não aceitar que os noivos afastem os **deveres do casamento**, como, por exemplo, o dever de fidelidade, o que não afronta disposição absoluta de lei (CC 1.655). Gustavo Tepedino e Rodrigo da Cunha Pereira invocam o princípio da menor intervenção estatal, vinculada à questão da autonomia da vontade.[51] No mesmo sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald.[52]

Os irmãos Figueiredo entendem ser completamente inadvertida a intervenção estatal na vida privada, na seara da intimidade, tentando

---

47. Francisco Cláudio de Almeida Santos, O pacto antenupcial e a autonomia privada, 197.
48. CNJ – Enunciado 635: O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar.
49. Antônio Carlos Mathias Coltro, Referências sobre o contrato de união estável, 429.
50. Francisco Cláudio de Almeida Santos, O pacto antenupcial e a autonomia privada, 209.
51. In Fabiana Domingues Cardoso, Regime de bens e pacto antenupcial, 194.
52. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil: Famílias, 285.

disciplinar com quantas pessoas e como cada sujeito deve se relacionar.[53] Mas há quem discorde: Rolf Madaleno, Carlos Roberto Gonçalves e Maria Helena Diniz.[54]

Os noivos nada podem estipular sobre **questões sucessórias**. Ou seja, não é possível renunciar à meação ou ao direito concorrente ou à herança. A previsão afronta a proibição de dispor sobre herança de pessoa vida (CC 426).[55]

Nula é a cláusula que prive a mãe do **poder familiar**, ou altere a ordem de vocação hereditária.[56] É de se ter por não escrita cláusula que implique em renúncia a alimentos, ao direito real de habitação ou ao usufruto legal dos bens dos filhos.[57] Porém, pode haver o reconhecimento de filho, que constitui prova escrita da filiação.[58]

Se qualquer um ou ambos os nubentes forem **menores de idade**, não há impedimento para celebrarem contrato pré-nupcial. Sua **validade** – não sua eficácia – está condicionada à **aprovação** de seu **representante legal** (CC 1.654). É necessária a transcrição, na escritura, da autorização para o casamento (CC 1.537). Para o casamento, é necessária a concordância de **ambos** os genitores ou representantes legais (CC 1.517), mas, para a ratificação do pacto antenupcial, a lei não faz essa exigência. Fala somente em representante legal. Como qualquer dos pais representa o filho menor, basta a aprovação de **apenas um** deles para o pacto ter validade. Ainda que o **consentimento para o casamento** possa ocorrer judicialmente (CC 1.519), a aprovação do pacto não pode ser suprida pelo juiz. Um lembrete:

---

53. Luciano e Roberto Figueiredo, Manual de Direito Civil, 1.466.
54. Idem, ob. loc. cit.
55. Inventário. Regime de bens. Pacto antenupcial de separação convencional de bens. Separação do direito sucessório. Cônjuge varoa. Herdeira necessária. Art. 1.829, inciso i, do CC/2002. Possibilidade. Decisão reformada. Recurso provido. 1 – Conforme entendimento jurisprudencial mais recente do Superior Tribunal de Justiça, o regime de bens do casamento estabelece regras e limites aos cônjuges enquanto vivos, não se podendo configurar acordos sobre ■ disposição da herança de ambos quando vierem a falecer, sob pena de se estar configurando o chamado "pacta corvina", vedado no ordenamento jurídico. 2 – Havendo pacto antenupcial de separação convencional de bens, e, sendo este válido, há que se reconhecer a condição de herdeira necessária da cônjuge-varoa. 3 – Recurso provido. (TJMG – AI 10000170094858001, Rel. Hilda Teixeira da Costa, j. 03/09/0017).
56. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 146.
57. Francisco Cláudio de Almeida Santos, O pacto antenupcial e a autonomia privada, 207.
58. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 186.

em todos os casos em que há a necessidade de suprimento judicial para o casamento, o regime de bens é o de **separação obrigatória**, o que deixa pouco espaço de deliberação aos jovens nubentes (CC 1.641 III).

A elaboração de pacto antenupcial é uma das ferramentas utilizadas no **planejamento sucessório** para definir questões de ordem patrimonial, na hipótese de dissolução do casamento pela morte.[59] Quando existem acervos patrimoniais significativos, para garantir a continuidade dos negócios, são utilizados sofisticados instrumentos, como a constituição de *holdings*, além de testamentos e doações, em face da imposição compulsória da herança conjugal.[60]

Do **assento de casamento** deve constar o regime de bens e todos os dados referentes ao contrato antenupcial (CC 1.536 VII). Para ter efeito perante **terceiros**, é necessário que o pacto seja **registrado** no Cartório Civil do domicílio conjugal (LRP 244) e no Cartório do Registro de Imóveis (LRP 167 I 12) do domicílio dos cônjuges (CC 1.657). Tais atos devem ser praticados após a celebração do casamento, até porque antes disso o pacto é ineficaz. Também deve ser **averbado** no registro de todos os bens imóveis particulares do casal e no registro dos imóveis que forem sendo adquiridos durante o casamento (LRP 167 II 1). Absolutamente descabida a atribuição, ao **Ministério Público**, de zelar pela fiscalização e observância dessas providências (LRP 245).

28.8. COMUNHÃO PARCIAL

Não tendo os nubentes celebrado pacto antenupcial, prevalece o regime da comunhão parcial. É o **regime legal**, o regime que a lei prefere (CC 1.658 a 1.666). Trata-se de regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro.[61]

Tanto na **falta de manifestação** dos noivos, como na hipótese de ser **nulo** ou **ineficaz** o pacto, é esse o regime que vigora (CC 1.640).

A comunhão do patrimônio comum atende a certa lógica e dispõe de um componente ético: *o que é meu é meu, o que é teu é teu e o que é nosso, metade de cada um*. É preservada a titularidade exclusiva dos bens particulares e garantida a comunhão do que for adquirido durante o casamento, presumindo a lei, ter sido adquirido pelo esforço comum do par.

59. Maria Berenice Dias, Manual das Sucessões, 397.

60. Rolf Madaleno, A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos..., 27.

61. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 178.

Mesmo optando o par pela comunhão parcial, é possível firmarem **pacto antenupcial** para deliberar, entre outras coisas, sobre a administração dos bens particulares (CC 1.665). É lícita a **compra e ■ venda** entre os consortes com relação aos bens excluídos da comunhão (CC 499). Igualmente, inexiste qualquer vedação específica para **doações** de um a favor do outro.[62]

Os bens de cada cônjuge não se fundem. A **comunicação** é do patrimônio incorporado na constância do casamento e que pertencem na propriedade do casal quando do divórcio.[63] Ainda assim, explicita a lei os bens que ■■ **comunicam** (CC 1.660). Também se presumem comuns e adquiridos em conjunto os **bens móveis**, em não havendo prova de que foram adquiridos anteriormente ao casamento (CC 1.662).

Elenca a lei os bens que, findo o vínculo conjugal, são **excluídos** da partilha (CC 1.659). Igualmente, não se comunicam os bens cujo título de aquisição é anterior ao casamento (CC 1.661). Ainda que os bens recebidos por doação ou sucessão somente por um dos consortes sejam excluídos da comunhão, os seus **frutos** se comunicam (CC 1.660 V).[64]

---

62. Idem, 179.

63. Divórcio. Partilha. Regime da comunhão parcial de bens. Pretensão de partilha de produto da venda de bem comunicável, alienado na constância do casamento. Descabimento. Sendo incontroverso que, ainda na vigência do casamento, um imóvel comunicável foi alienado a terceiro, descabe determinar a partilha do produto da venda deste bem. Nessas condições, na linha da jurisprudência deste Tribunal, presume-se que a quantia foi consumida com o pagamento de despesas ■ mesmo eventuais dívidas do grupo familiar, por não haver prova em sentido contrário. Negaram provimento. Unânime. (TJRS – AC 70082969486, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 13/02/2020).

64. Comunhão parcial de bens. Partilha dos frutos até a separação de fato. Marco para o rompimento do regime de bens. Doação de veículo. Dívidas contraídas na constância do casamento. Pretendida exclusão da partilha. Impossibilidade. Sentença mantida. 1. Como é cediço, a dissolução do vínculo conjugal tem como termo final não só na decretação do divórcio (art. 1.571, inc. IV, Código Civil), mas também no momento em que os deveres de ambos os cônjuges não são mais obedecidos e compartilhados (art. 1.566, do Código Civil), ocasião em que se reconhece a separação de fato. 2. Além da separação de fato cessar os deveres conjugais, põe fim, também, ao regime de bens estabelecido no momento do casamento, de modo que, qualquer bem ou valores adquiridos após esse momento não serão mais partilhados. 3. O art. 541, do Código Civil dispõe que "a doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular", sendo certo que o parágrafo único, do mesmo comando legal, dispõe que "a doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição". 4. As dívidas devem ser partilhadas na proporção de 50% para cada cônjuge, tendo em vista que foram contraídas na constância do casamento. 5. Recurso desprovido. (TJDF – AC 20150710044567 – 0004394-38.2015.8.07.0007, 5ª T., Rel. Josapha Francisco dos Santos, j. 25/10/2017).

Quando se fala em **bens de uso pessoal** (CC 1.659 V), cabe questionar se assim se identificam **joias e adornos**, que podem chegar a cifras fantásticas. A doutrina se divide. Enquanto Pontes de Miranda[65] sustenta que se comunicam as joias adquiridas durante o casamento, porque não consistem propriamente em enfeite de corpo, Paulo Lôbo[66] as considera bens de uso pessoal, e, portanto, não se comunicam. No entanto, há que se atentar à origem de tais bens. Recebidas por um dos cônjuges como **presente** do outro, configura **doação** (CC 1.659 I) e, por este motivo, são incomunicáveis. Porém, adquiridas com o objetivo de proceder a investimento financeiro, impositiva a partilha.

Absolutamente desarrazoado excluir da universalidade dos bens comuns os **proventos do trabalho pessoal** de cada cônjuge (CC 1.659 VI) e rendas semelhantes (CC 1.659 VII). Injusto que o cônjuge que trabalha por contraprestação pecuniária, mas não converte suas economias em patrimônio, seja privilegiado e suas reservas consideradas crédito pessoal e incomunicável. Esta lógica compromete o equilíbrio da divisão das obrigações familiares. O casamento gera comunhão de vidas (CC 1.511). Os cônjuges têm o dever de mútua assistência (CC 1.566 III) e são responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). Assim, se um dos consortes adquire os bens para o lar comum, eles serão partilhados. Já o outro que apenas guarda o dinheiro que recebe de seu trabalho, irá permanecer com a integralidade dos valores que entesourou.

Também no regime da comunhão parcial descabida a exclusão dos **livros e instrumentos da profissão** (CC 1.659 V). A motivação é a mesma: não há a presunção que foram adquiridos por quem os utiliza. Para não comprometer o equilíbrio na partilha, no máximo cabe dar preferência ao cônjuge que deles faz uso profissional, mediante compensação com outros bens.

A **administração** do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges (CC 1.663), o que atende à igualdade constitucional. Não há como dar legitimidade a somente um para administrar bens comuns em face do comprometimento solidário pelas dívidas. A possibilidade de os bens particulares do administrador não responderem pelas dívidas acaba esbarrando no ônus **da prova**. Sempre surgem questionamentos: A quem cabe comprovar se um obteve ou não proveito pela dívida contraída pelo outro? É ao cônjuge do devedor que compete a prova da ausência do

65. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, t. VII, 280.

66. Paulo Lôbo, Direito Civil: Famílias, 288.

benefício, ou ao credor provar o beneficiamento? O fato é que, durante a convivência conjugal, presume-se que as dívidas contraídas pelo cônjuge são em favor da entidade familiar, sendo difícil a prova negativa. Mais difícil ainda é atribuir ao credor este ônus.[67] Mas, em se tratando de penhora decorrente da prática de **ato ilícito**, é ao **credor** que compete provar que o produto da dívida reverteu em benefício do casal.[68]

No tocante ao **passivo**, é necessário considerar duas circunstâncias: a época em que a **dívida** foi contraída e a sua **causa** ou finalidade.[69] Cada consorte é responsável pelos próprios débitos anteriores ao casamento (CC 1.659 III). Os débitos de um consorte em benefício próprio, ou as dívidas referentes à administração de seus bens particulares não obrigam os bens comuns (CC 1.666). Pelas dívidas de qualquer natureza, firmadas por apenas um dos cônjuges, somente respondem seus bens particulares (EMC 3.º). Os bens comuns respondem pelas dívidas contraídas por qualquer deles para atender aos encargos familiares, às despesas da administração do lar e àquelas decorrentes de imposição legal (CC 1.664).

Dirigida a demanda a um dos cônjuges, para a cobrança de dívida pessoal, sendo penhorados bens comuns, dispõe o outro de legitimidade para opor **embargos de terceiro** (CPC 674 a 681) na defesa de sua meação, ainda que tenha sido **intimado da penhora**.[70]

Acolhidos os embargos, somente a metade do bem penhorado prossegue garantindo a execução. A meação que foi excluída da constrição

67. STJ – Súmula 251: A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal.

68. Direito tributário. Direito processual civil. Embargos de terceiro. Ônus da prova. Crédito revertido em proveito do cônjuge. Bem de família. Alegações não demonstradas. Em face do disposto no artigo 14 da Lei nº 13.105/2015, aplica-se ▪ esse processo o CPC/73. A impenhorabilidade do bem de família, conforme disposto na Lei nº 8.009/90, depende de comprovação. Deve o devedor fazer a prova do direito alegado (CPC, art. 333, I). Cabe ao exequente/embargado o ônus da prova de que o crédito exigido em sede de execução teria se revertido em benefício daquele. Não se pode presumir, no caso de execução fiscal de crédito tributário, que a inadimplência tenha revertido diretamente em favor do casal ou especificamente em benefício do cônjuge meeiro. O ônus da prova é atribuído, por Lei, a quem alega a matéria em sua defesa. No caso dos autos, as partes não se incumbiram de provar o alegado, devendo cada qual arcar com os prejuízos de suas omissões, nos termos do art. 333, incisos I ▪ II do Código de Processo Civil. Apelações improvidas. (TRF 3ª Reg – AC 0014838-94.2003.4.03.9999, 5ª T., Rel. Louise Filgueiras, j. 22/01/2018).

69. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 155.

70. STJ Súmula 134: Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação.

judicial passa para o domínio exclusivo do cônjuge que a reivindicou, não se comunicando ao consorte.[71] O bem se torna **reservado**, independentemente do regime de bens. Em se tratando de imóvel indivisível, procedida à alienação judicial, fica reservado ao cônjuge alheio à execução a metade do valor alcançado (CPC 843).

A administração e a venda do **acervo particular** competem ao seu proprietário, salvo convenção diversa em **pacto antenupcial** (CC 1.665). Esse dispositivo tem recebido críticas da doutrina. Lia Palazzo diz que é o brado do individualismo. O extremado princípio da autonomia da vontade, que há muito tempo vem perdendo terreno no campo obrigacional, é revigorado ao arrepio de todo o avanço jurídico até aqui conquistado.[72] Claramente, a referência legal só pode dizer com a venda de **bens móveis**, pois, com relação aos **imóveis**, a alienação depende da concordância do par (CC 1.647 I). As duas normas merecem leitura harmonizada, como se dissesse: o cônjuge proprietário pode dispor de seus bens imóveis particulares, havendo autorização do outro ou suprimento judicial.[73] Não se pode olvidar que a administração de bens está integralmente regulada nas disposições gerais (CC 1.642 a 1.652), com referência a todo e qualquer regime matrimonial.

Quando um dos cônjuges é **empresário**, pode dispor dos bens da empresa, mesmo dos bens imóveis, não havendo necessidade da outorga conjugal (CC 978).

28.9. COMUNHÃO UNIVERSAL

Pretendendo os noivos transformar o casamento em uma união não só de vidas, mas também de bens, é necessário que formalizem pacto antenupcial, optando pelo regime da comunhão universal (CC 1.667 a 1.671). Este é o único regime que admite a troca da titularidade do patrimônio sem a necessidade de ocorrer **mudança no registro dos bens** ou **pagamento de imposto de transmissão.** Ao fim e ao cabo, trata-se de uma **doação** feita pelos cônjuges entre si. Cada um torna-se titular da metade dos bens que o outro já tinha por ocasião do casamento. Adquire os bens e também as dívidas. Por ocasião do divórcio ou da morte de um dos cônjuges é que vai ocorrer a divisão de todo o patrimônio, independente de quem era o titular originário antes do casamento.

71. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 166.

72. Lia Palazzo Rodrigues, Algumas considerações sobre o Direito de Família..., 202.

73. Paulo Lôbo, Direito Civil: Famílias, 323.

Ocorre uma **fusão** entre os acervos trazidos para o casamento pelos nubentes, formando uma única **universalidade**, à qual se agrega tudo o que for adquirido, na constância do enlace conjugal, por qualquer dos cônjuges, a título oneroso, por doação ou herança. **Os patrimônios se fundem em um só.**[74] Comunicam-se todos os bens presentes e futuros, assim como as **dívidas passivas**[75] contraídas durante o casamento. Instaura-se o estado de **mancomunhão**, que significa propriedade em mão comum. Cada consorte é titular da propriedade e posse da metade ideal de todo o patrimônio, constituindo-se um condomínio sobre cada um dos bens, dívidas e encargos. Cada cônjuge torna-se **meeiro** de todo o acervo patrimonial, ainda que nada tenha trazido e nada adquira na constância do casamento.[76] A transferência de bens de um cônjuge ao outro, não configura doação, não havendo fato gerador de pagamento de imposto.[77]

Mesmo que a regra seja a comunhão, elenca a lei algumas exceções (CC 1.668). A incomunicabilidade, no entanto, não se estende aos **frutos** dos bens, percebidos ou vencidos na constância do casamento (CC 1.669). A regra legal pode ser afastada no pacto antenupcial bem como via instrumento de doação.

A incomunicabilidade dos **proventos do trabalho pessoal** e de outras rendas semelhantes de cada cônjuge (CC 1.659 VI e 1.668 V) é de todo injustificável. Não há como privilegiar o cônjuge que exerce atividade laboral remunerada em detrimento do outro. Do mesmo modo não há como excluir da comunhão os **livros e os instrumentos da profissão** (CC 1.659 V). Descabido presumir que tenham sido adquiridos exclusivamente com o esforço de quem os utiliza para o seu trabalho. Ambas as hipóteses são **exceções absolutas** ao regime da comunhão, não admitindo prova con-

74. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 185.

75. Dívida é débito, mas o uso da expressão dívida passiva é para evitar confusão com dívida ativa, que diz respeito a créditos tributários.

76. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 193.

77. Ação anulatória de débito tributário. Lançamento de ITCD. Transferências bancárias entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens. Inexistência de doação. Inocorrência do fato gerador da obrigação tributário. Crédito tributário declarado inexistente. Honorários advocatícios. I – Nas transferências bancárias entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens não se dá a transferência de patrimônio de uma pessoa para a outra (já que o patrimônio é comum), de modo que não se configura a doação. II – Inexistindo doação, não ocorre o fato gerador da obrigação tributária (ITCD), pelo que o respectivo crédito deve ser julgado inexistente. (TJMG – AC 1.0313.14.010244-0/002, 7ª C. Civ., Rel. Peixoto Henriques, j. 31/05/2017).

trária, o que pode gerar **enriquecimento sem causa** de um dos consortes frente ao outro.

Em alguns pontos não há simetria entre o regime da comunhão universal e o da comunhão parcial, no que diz com a comunicabilidade dos bens. As obrigações provenientes da prática de **ato ilícito**, a não ser que tenham revertido em proveito do casal, são excluídas do regime da comunhão parcial (CC 1.659 IV). Mas na comunhão universal não estão afastadas, uma vez que essa exceção não consta do elenco legal (CC 1.668). As **dívidas contraídas antes do casamento** estão fora da comunhão em ambos os regimes. No entanto, na comunhão universal, comunicam-se as dívidas provenientes de despesas referentes ao casamento e as que reverterem em proveito comum (CC 1.668 III). No regime da comunhão parcial, por falta de ressalva, nenhuma dívida pretérita se comunica, nem as pessoais, nem as feitas em função do casamento (CC 1.659 III).

Quando da **separação de fato**, acaba a comunhão de bens e, em consequência, cessa a responsabilidade de cada um para com os credores do outro. A obrigação persiste somente com relação às **dívidas contraídas durante a convivência conjugal**. A não ser que reste comprovado que as dívidas não se reverteram em benefício da família (CC 1.664 e 1.667). A presunção de comunicabilidade está na lei, que atribui aos consortes a responsabilidade pelos encargos da família (CC 1.565). O ônus da prova é dos devedores, até porque credores são estranhos à economia doméstica do casal.[78]

Depois de findo o convívio, mas antes da partilha dos bens, é descabido impor a um o ônus por dívidas assumidas pelo outro. Sob pena de chancelar-se o enriquecimento ilícito, não pode ser outra a leitura do texto legal (CC 1.671): *Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro.* **Extinta a comunhão** só pode significar **fim** da comunhão de vidas, e não **dissolução** do casamento, que só ocorre quando do divórcio, pela morte de um dos consortes ou com o trânsito em julgado da sentença que

78. Negócios jurídicos bancários. Penhora de imóvel. Regime de comunhão universal de bens. Possibilidade. Sendo a devedora e o *de cujus* casados pelo regime de comunhão universal, os bens de um cônjuge respondem pelas dívidas do outro, a não ser que reste cabalmente comprovado que estas não se reverteram em benefício da família. Tal raciocínio decorre da conjugação dos artigos 1.664 e 1.667, ambos do diploma civil. Hipótese em que, diante das particularidades do caso concreto, mostra-se viável a manutenção da penhora deferida nos autos, ainda mais quando preclusa a matéria. Agravo de instrumento desprovido. Unânime. (TJRS – AI 70080246390, 20ª C. Civ., Rel. Dilso Domingos Pereira, j. 27/03/2019).

anula o casamento. Para que cesse a responsabilidade patrimonial, não se faz necessária a partilha de bens. O estado de mancomunhão, que persiste mesmo depois da separação de fato, não gera obrigação de quem não está com o bem sob sua posse.

Quanto à **administração dos bens** (CC 1.670), vigoram as regras que regem a comunhão parcial (CC 1.663 e 1.664). Também as disposições sobre a gerência dos bens em qualquer regime (CC 1.642 a 1.650). A **alienação** ou **oneração** dos bens comuns depende da manifestação de ambos os cônjuges, não podendo ser afastada essa exigência nem por pacto antenupcial. A ressalva do art. 1.665 que diz com os bens particulares, só pode ser invocada quanto aos bens excluídos da comunhão (CC 1.668). Igualmente, pelas **dívidas** assumidas por um dos consortes não responde o outro nem sua meação (EMC 3.º).

De modo injustificável, é negado aos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens contratar **sociedade** entre si ou com terceiros (CC 977). Quer se trate de participação originária, quer derivada,[79] como explicita Cristiano Chaves, a restrição somente pode atingir pessoas casadas entre si e que sejam sócias da **mesma pessoa jurídica**, uma vez que não seria crível que a norma legal proibisse que as pessoas casadas pudesse se associar com terceiros em diferentes empresas.[80] A restrição, no entanto, não se se aplica a sociedade de toda e qualquer natureza.[81]

28.10. PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

O regime da participação final nos aquestos é um regime misto, híbrido. Na constância do casamento as regras são do regime da separação de bens e, quando da dissolução, o regime é o da comunhão parcial.[82]

Dispõe de exaustivo regramento (CC 1.672 a 1.686). Traz normas de difícil entendimento. Sua execução é complicada, sendo necessária a

79. JCJF – Enunciado 205: Adotar as seguintes interpretações ao art. 977: (1) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade; (2) o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto a derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge.

80. Cristiano Chaves de Farias e outros, Manual de Direito Civil, 1.218.

81. CNJ – Enunciado 94: A vedação da sociedade entre cônjuges contida no artigo 977 do Código Civil não se aplica às sociedades anônimas, em comandita por ações e cooperativa.

82. Fábio Vieira Figueiredo, Manual de Direito Civil, 792.

mantença de uma minuciosa contabilidade, mesmo durante o casamento, para viabilizar a divisão do patrimônio na eventualidade de sua dissolução. Em determinados casos, há a necessidade de realização de perícia para a identificação dos aquestos partilháveis e respectivas avaliações.

Como se destina a casais que possuem patrimônio próprio e ambos desempenham atividades econômicas, é regime pouco procurado. No entanto, se no pacto antenupcial forem estabelecidas regras claras quanto à avaliação dos bens e os critérios incidentes para cálculo dos eventuais créditos de participação, pode apresentar-se como uma solução interessante para quem quiser um meio-termo entre a separação total e a comunhão parcial. Partilham-se os ganhos superiores de um frente ao outro cônjuge, o qual faz jus a pagamento preferentemente em dinheiro, evitando-se a cotitularidade sobre bens.[83]

Trata-se de regime em que existem:

- **bens particulares** – os que cada cônjuge já possuía ao casar, os adquiridos por sub-rogação e os recebidos por herança ou liberalidade (CC 1.674 I e II);
- **bens comuns** – amealhados pelo casal na constância do casamento;
- **patrimônio próprio** – os bens particulares de cada um, somados aos adquiridos em nome próprio na constância do casamento (CC 1.673);
- **aquestos** – os bens de cada um dos cônjuges mais os comuns adquiridos durante a união. Esse é o acervo a ser partilhado e compensado quando da dissolução do casamento.

Cada um faz jus à metade dos **bens comuns** (acervo amealhado em conjunto pelo casal) e mais à metade **do valor do patrimônio próprio**, adquirido pelo outro durante o casamento. Do montante do patrimônio próprio de cada cônjuge, há uma compensação de valores.

Na **constância do casamento**, cada um mantém a titularidade e a **livre administração** do seu **patrimônio próprio**, que é composto dos bens que possuía ao casar mais os bens adquiridos por ele, a qualquer título, durante a vida em comum. Os **bens imóveis** são de propriedade do cônjuge cujo nome consta do registro (CC 1.681), mas, para serem alienados, é preciso a concordância do par. No entanto, é possível, no **pacto antenupcial**, ser

83. Tereza Cristina Mafra e Cristiane Gandra, Critérios de aplicação do regime de..., 426.

convencionada a livre disposição dos bens particulares (CC 1.656). Cada um pode alienar os **bens móveis** (CC 1.673 parágrafo único), ainda que se presumam adquiridos durante o casamento (CC 1.674 parágrafo único).

Assim, quando da separação, **cada cônjuge** ficará:

- com a totalidade de seus **bens particulares** adquiridos antes do casamento;
- com a **metade** dos **bens comuns**, adquiridos em condomínio, por ambos, durante a união;
- com os **bens próprios** adquiridos durante o enlace;
- e fará jus à **metade da diferença** do valor dos bens que o outro adquiriu no próprio nome, na constância do vínculo conjugal.

A **diferença** frente ao regime da **comunhão parcial** é que, neste, a comunicação do patrimônio é imediata, durante o casamento. No regime da comunhão final, como o próprio nome já diz, a comunhão só ocorre quando do **fim** do casamento. A participação é sobre o patrimônio adquirido pelo outro, mas de **forma contábil**, e não por meio da constituição de um condomínio. Após a compensação, a eventual diferença que for apurada se constitui em **crédito** de um frente ao outro, não havendo direito a parcela de bens.[84] O direito não é sobre o acervo do outro, mas sobre o **eventual saldo** após a compensação dos acréscimos patrimoniais de cada um.

Por ocasião da partilha, para identificar o patrimônio de cada um dos consortes, é necessário excluir os bens incomunicáveis (CC 1.674): os **bens anteriores** ao casamento; os bens **sub-rogados** a eles; e os adquiridos por cada um, por sucessão ou doação. É preciso também excluir as dívidas dos bens próprios, o valor dos bens doados sem autorização e das alienações feitas em detrimento da meação (CC 1.675). As eventuais diferenças são compensadas.

Para apurar os **valores líquidos**, imperiosa a realização de um **balanço contábil e financeiro**. Deve ser incorporado o valor dos bens alienados (CC 1.676), sendo possível a compensação de débitos que tenham sido solvidos pelo outro (CC 1.678). Quanto às **dívidas** posteriores ao casamento, deve-se averiguar se serviram ou não à sociedade nupcial. Tendo revertido em favor do casal, constituem **passivo comum**; caso contrário, cada um responde pela obrigação que contraiu. Débitos estritamente pessoais ficam

84. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 195.

a cargo do cônjuge devedor e oneram seus bens privativos, não podendo comprometer solidariamente o patrimônio comunicável. A determinação de que cada consorte responda pelas dívidas que contraiu, salvo comprovação de terem revertido em benefício do outro (CC 1.677), acaba por **inverter o ônus da prova**. Quem pagou é que deve comprovar que o fez em benefício da família. Subverte a lei a presunção de que, na convivência conjugal, as dívidas contraídas pelo cônjuge são em favor da família, em face da responsabilidade pelos encargos familiares (CC 1.565).

Durante o casamento, não é possível renunciar, ceder ou indicar à **penhora** o direito à **meação** (CC 1.682). Como se trata de uma universalidade de bens, a identificação da meação só ocorre quando da separação de fato ou a morte de um dos cônjuges. No entanto, é possível a penhora da **meação** do devedor sobre determinado bem comum. Ocorrendo a penhora sobre a totalidade do bem, o cônjuge pode resguardar sua meação por meio de **embargos de terceiro**. Esta salutar regra não deveria estar perdida no regime de participação final nos aquestos, mas constar das disposições sobre o casamento. A determinação de que o montante dos bens deve ser apurado na data em que **cessou a convivência** (CC 1.683), igualmente, estaria mais bem alocada entre as disposições gerais no capítulo do regime de bens.

É rescindível o **ato fraudulento** praticado por um dos cônjuges. Tendo um feito **doações** sem a necessária autorização do outro, o lesado ou seus herdeiros podem:

- reivindicar os bens doados;
- ser compensados com outros bens;
- ser indenizados em dinheiro.

A apuração desses valores é feita à época da **dissolução da união**, e não a data da doação (CC 1.675). Mais uma regra aplicável a todos os regimes de bens.

Dissolvida a sociedade conjugal pela **morte**, sua meação é transmitida aos herdeiros do falecido (CC 1.685). Havendo **dívidas** superiores à meação, por elas não respondem nem o viúvo nem os herdeiros (CC 1.686).

Apesar da expressão **dissolução da sociedade conjugal** (CC 1.672), o direito aos bens nasce quando **cessa a convivência** (CC 1.683). São momentos distintos que não se confundem. Quantificam-se os aquestos existentes no fim da vida em comum, por ocasião da **separação de fato,** data em que acontece o fim do casamento.

28.11. SEPARAÇÃO CONSENSUAL DE BENS

Apenas dois artigos cuidam do regime separação de bens (CC 1.687 e 1.688). Mediante **pacto antenupcial**, os nubentes podem optar pela **incomunicabilidade** total dos bens, o que configura verdadeira ausência de um regime patrimonial, pois o que existe são acervos separados. A incomunicabilidade alcança os **frutos e rendimentos** dos bens.[85]

O casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, podendo cada um livremente **alienar e gravar de ônus real** seus bens. O patrimônio passado, presente e futuro não se comunica, nem durante o casamento e tampouco quando de sua dissolução. Cada um conserva, com exclusividade, o **domínio**, a **posse** e a **administração** de seus próprios bens (CC 1.647). É de cada qual a responsabilidade pelas suas dívidas anteriores e posteriores ao casamento. Assim, não há partilha. Eventual vínculo societário entre os cônjuges transborda a seara familiar e deve ser discutida no juízo cível.

Como ambos os cônjuges devem concorrer para a **mantença da família** na proporção de seus bens (CC 1.688), comunicam-se **dívidas** ou **empréstimos** contraídos na compra do necessário à economia doméstica (CC 1.643 e 1.644).

A incomunicabilidade dos bens não afasta a **obrigação alimentar**. Aliás, nesse regime da separação de bens é onde de forma mais saliente se vê a possibilidade de serem estipulados **alimentos compensatórios**, que têm por justificativa o princípio da **solidariedade familiar** e dispõem de nítido caráter **indenizatório**. Destinam-se exatamente a compensar o desequilíbrio econômico que a separação pode ensejar.

Questiona Cláudio Santos a limitação à **autonomia da vontade** dos cônjuges imposta pela lei. No pacto antenupcial tudo pode ser convencionado, contanto que não contravenha disposição absoluta de lei (CC 1.655). Mas o casamento estabelece comunhão plena de vida (CC 1.511), os cônjuges tornam-se responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565) e existem obrigações recíprocas, como a vida em comum no domicílio conjugal e a de mútua assistência (CC 1.566 II e III). Assim, não há como reconhecer a autonomia privada da vontade em termos absolutos, pois é descabido o enriquecimento de um dos cônjuges à custa do outro, por ser contrário à "essência do casamento".[86]

85. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 2, 295.

86. Francisco Cláudio de Almeida Santos, O pacto antenupcial e a autonomia privada, 208.

Em face disso, passou a jurisprudência a admitir a **divisão do acervo** adquirido durante o casamento em nome de um dos cônjuges, invocando Súmula do STF[87] que visa a evitar o enriquecimento sem causa de um do par. O esforço comum sempre foi presumido, por decorrer da vida em comum e da solidariedade que deve unir o casal.

Os maiores questionamentos sobre o regime da separação de bens situam-se no âmbito do **direito sucessório**. O consorte sobrevivente pode ser **inventariante** quando do falecimento do outro (CPC 617 I). Como o cônjuge é **herdeiro necessário** (CC 1.845), o viúvo faz jus à herança, se não houver nem descendentes nem ascendentes. No que diz ao **direito de concorrência**, como somente é excluído no regime da separação obrigatória de bens, quando o regime é eleito por convenção, o sobrevivente faz jus à fração do acervo sucessório (CC 1.829 I).[88]

28.12. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

A escolha do regime de bens, feita por ocasião do casamento, rege a situação patrimonial do casal durante sua vigência, mas tem maior significado quando da dissolução. Podem os noivos adotar qualquer dos regimes de bens previstos na lei ou gerar um regime próprio. Mantendo-se silenciosos, ou seja, não firmando pacto antenupcial, vigora o regime da comunhão parcial. Hipóteses há, no entanto, em que a vontade dos nubentes não é respeitada. É imposto o regime da separação obrigatória (CC 1.641). A lei fala em regime de separação "absoluta" querendo dizer "obrigatória" (CC 1.647). De qualquer sorte, a intenção é evitar qualquer possibilidade de entrelaçamento de patrimônios.

Trata-se, nada mais, nada menos, de mera tentativa de frear o desejo dos nubentes, mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar, é impor sanções patrimoniais. É **retirar efeitos patrimoniais** do casamento. Tanto é assim que os cônjuges podem sozinhos alienar e gravar de ônus **real** seus bens, agir em juízo com referência a eles sem a vênia conjugal, assim como podem prestar **fiança** e **aval**. Nem para a venda de bens de ascendentes a descendentes (CC 496 parágrafo único) se faz necessário o

87. STF – Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

88. Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 165.

consentimento do cônjuge. Não podem contratar **sociedade** entre si ou com terceiros (CC 977).

Elenca a lei as hipóteses em que é obrigatório o regime da separação de bens (CC 1.641):

CC 1.641 I – Sempre que há a recomendação legal para **não casar**, são subtraídos **efeitos patrimoniais do** casamento. Desrespeitadas as chamadas **cláusulas suspensivas**, é imposto coactamente o regime da separação de bens.

Não devem casar:

CC 1.523 I – o **viúvo** que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não for feito o **inventário** e procedida à **partilha**. Prevê a lei exclusivamente a existência de **filhos comuns**, sendo omissa com relação a filhos somente do falecido. Porém, ainda nesta hipótese é necessário que primeiro ocorra a liquidação do regime de bens, para que se delimite a meação do *de cujus* e sobre este montante se dê a sucessão hereditária.[89] De qualquer forma, a lei preserva o interesse dos filhos ao instituir **hipoteca legal** sobre os imóveis de seu genitor (CC 1.489 II). Presente essa cautela, é excessiva a apenação da incomunicabilidade patrimonial.

CC 1.523 II – até **10 [illegible] depois de findo o casamento**: pela morte do marido, anulação do casamento ou divórcio, a viúva não deve casar. O risco seria ela eventualmente estar **grávida**. No entanto, com a precisão dos testes de gravidez, complicado fazer alguém esperar tanto tempo para escolher o regime de bens se quiser casar novamente.

CC 1.523 III – o **divorciado** antes da **partilha dos bens** do casamento anterior. Também não se justifica a imposição do regime da separação total ao novo casamento. Até porque é dispensável a prévia partilha para a decretação do **divórcio** (CC 1.581). Nem mesmo a **conversão da separação em divórcio** está condicionada à **partilha**.

Como as questões patrimoniais não geram impedimento para o divórcio, não cabe impor a separação de bens, invocando exatamente a mesma motivação, ou seja, a ausência de partição.

De qualquer forma, é indispensável que conste do **mandado de averbação do divórcio** que foi realizada a partilha de bens. Caso esta venha a ocorrer em momento posterior, necessário que seja expedido novo mandado de averbação sobre a ultimação da partilha. A omissão de tal registro impede a escolha do regime de bens no novo casamento. Ou isso,

89. Érica Verícia de Oliveira Canuto, Liberdade de contratar..., 298.

ou é necessário desarquivar o processo do divórcio para que seja expedida certidão da partilha. No divórcio extrajudicial será preciso nova escritura.

Cabe atentar que a **separação de fato** dispõe de efeitos jurídicos, pondo fim à **comunhão patrimonial**. A interrupção da **vida em comum** implica na cessação do estado de cotitularidade do patrimônio constituído durante o período de convívio. Os bens adquiridos em momento posterior são de propriedade exclusiva de quem os adquiriu, não se comunicando com o cônjuge, independentemente do regime de bens ou a ausência de dissolução do casamento. Deste modo, de todo irrelevante a ultimação da partilha para extremar com precisão a titularidade dos bens.

E, mesmo que não tenha havido partilha de bens, é possível a constituição de **união estável**. Ou seja, os cônjuges separados de fato não estão impedidos de constituírem nova família. Ora, se quem está separado e não procedeu à partilha pode viver em união estável e eleger o regime de bens, nenhuma justificativa há para limitações mais severas ao casamento.

Conforme sugere Érica Canuto, se o objetivo é "proteger", a alternativa que não viola os princípios da igualdade e da liberdade é determinar que os nubentes, no procedimento de habilitação para o casamento, procedam a uma **declaração de patrimônio**. Tão só.[90]

CC 1.523 IV – o **tutor ou o curador** ou seus parentes, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, e por afinidade até o segundo grau, com o tutelado ou curatelado, antes de promover a **prestação de contas**.

O fim da **tutela** ocorre com a maioridade ou a emancipação (CC 1.763 I).

A **curatela** não precisa cessar, pois o incapaz pode casar (CC 1.550 § 2.º).

Das restrições legais, esta é a única que tem coerência. Afinal, só quem tem dinheiro, tem tutor. E tanto este quanto o curador têm ascendência sobre o tutelado e o curatelado. É uma relação assimétrica em que um dos vértices tem autoridade sobre o outro, que resta em situação de vulnerabilidade.

Atendidas as causas suspensivas, não há como obrigar os cônjuges a permanecerem casados sob o regime da separação legal de bens. É lícito que lhes seja permitido alterá-lo, quando e como bem entenderem, tão logo satisfeita a condição que gerou a causa suspensiva.[91] Tal pretensão

90. Idem, 295.

91. Idem, 297.

precisa ser levada a efeito via demanda judicial de **alteração de regime de bens** (CC 1.639 § 2.º).

CC 1.641 II – Das várias previsões que visam negar efeitos de ordem patrimonial ao casamento, a mais desarrazoada é a imposta aos nubentes **maiores de 70 anos**, em flagrante afronta ao **Estatuto do Idoso**. Restringe sua autodeterminação. Por igual se põe em rota de colisão com o movimento de intervenção mínima do Estado, afrontando a autonomia privada. Cristiano Chaves é enfático: *trata-se de uma indevida e injustificada interdição compulsória parcial, para fins nupciais.*[92] A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção.[93]

Trata-se de presunção *juris et de jure* de incapacidade mental para um só fim: casar. De forma aleatória e sem buscar algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento.

A imposição da incomunicabilidade é **absoluta**, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal. Como diz Zeno Veloso, desconfia o legislador da autenticidade dos amores vespertinos, da sinceridade das paixões crepusculares, suspeitando que há um interesse escuso, de cunho econômico por parte de quem se relaciona amorosamente com um idoso, pretendendo aplicar o que chama o vulgo de "golpe do baú". Daí prever o regime da separação (obrigatória) de bens, com vistas a evitar ou, pelo menos, limitar as possibilidades de lucro ou vantagem do ardiloso.[94]

Somente quando o casamento é antecedido de **união estável** não vigora a odiosa restrição, podendo os noivos optar pelo regime de bens que desejarem.[95]

Como a limitação de escolha do regime de bens não existe na **união estável**, era mais vantajosa a união informal.[96] Por isso a jurisprudência

92. Cristiano Chaves de Farias e outros, Manual de Direito Civil, 1.224.

93. Érica Verícia de Oliveira Canuto, Liberdade de contratar..., 300.

94. Zeno Veloso, Casal quer afastar Súmula 377.

95. JCJF – Enunciado 261: A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos (atualmente, maior de setenta anos), quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.

96. Euclides de Oliveira, Impedimentos matrimoniais na união estável, 190.

passou a impor o regime da separação também à união estável.[97] Em face da equiparação levada a efeito pelo STF[98] entre casamento e união estável, imperioso acabar com esta restrição. Afinal, descabe interpretação analógica para limitar direitos.

Nas demais hipóteses em que a lei impõe esse regime de bens, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. Consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém (CC 1.641 I). Além disso, a restrição é reversível. Pode o juiz excluir dita apenação (CC 1.523 parágrafo único). Essa chance não é dada aos noivos idosos. Mesmo que provem a sinceridade do seu amor, sua higidez mental ou que sequer têm família a quem deixar seus bens. Não há opção. A lei é implacável.

CC 1.641 III – Quem tiver entre 16 e 18 anos precisa da **autorização** de ambos os pais para casar (CC 1.517). A negativa de consentimento qualquer dos genitores pode ser suprida judicialmente (CC 1.519). Assim, se houve autorização do juiz, significa que era injustificável a negativa dos pais. Nada justifica a imposição do regime da separação de bens. Os noivos acabam punidos por uma resistência descabida dos genitores em concordar com as núpcias. Logo é injusto impor o regime da incomunicabilidade dos bens ao casamento chancelado pela própria Justiça.

Questiona Érica Canuto: *de que vale então dito suprimento? Afinal, o juiz supriu ou não supriu a falta do requisito obrigatório?*[99] De qualquer forma, é no mínimo estranho que o juiz libere da penalização os noivos menores de 18 anos, cujos pais nem ao menos concordaram com o casamento, e não possa conceder o mesmo "perdão" aos noivos com mais de 70 anos.

Imposto o regime da separação obrigatória, questionamentos há sobre a possibilidade e até a utilidade de os nubentes firmarem **pacto antenup-**

97. Agravo interno no agravo em recurso especial. Regime da separação legal de bens. Norma vigente à época do início da união estável. Decisão mantida. 1. "É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento" (RESP 1403419/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 14/11/2014). 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ – AgInt-AREsp 1.299.964/DF (2018/0125629-6), 4ª T., Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 06/11/2018).

98. STF – Tema 809: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

99. Érica Verícia de Oliveira Canuto, A contradição..., 73.

cial. Bem, se a finalidade for afastar o regime que a lei impõe, o pacto seria ineficaz. Mas se for para adotar o regime da separação total de bens, o pacto se justifica, uma vez que a constitucionalidade da restrição legal é questionada pela jurisprudência.

28.13. SÚMULA 377

A tentativa do Estado de reger a vida e os afetos das pessoas é de tal ordem que, além de impor um limite mínimo de idade – o que até se entende –, também impõe uma idade máxima para o casamento. A quem desobedece às recomendações legais, simplesmente a lei faz de conta que o casamento não existe, ao menos quanto aos aspectos patrimoniais. É imposto obrigatoriamente o regime da separação de bens (CC 1.641), segundo o qual não só os **bens particulares**, ou seja, os bens que cada um possuía antes do casamento, não se comunicam, mas também os **aquestos**, bens que forem adquiridos durante a vida em comum.

Não obstante a imposição legal (CC 1.641), a jurisprudência há muito tempo vem reconhecendo a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento celebrado obrigatoriamente pelo regime da separação de bens, fundamentada na presunção de esforço comum do casal. É o que diz a Súmula 377 do STF: *No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.*

A restrição à **autonomia da vontade** e à vedação do **enriquecimento injustificado** foi o que levou o STF a sumular a matéria. Eis a justificativa do enunciado: *a interpretação exata da súmula é no sentido de que, no regime da separação legal, os aquestos se comunicam pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram, ou não, de comunhão de esforços.*

Ao fim e ao cabo, considerando-se que a convivência leva à **presunção do esforço comum** na aquisição de bens, é de se reconhecer o locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Nítido o seu conteúdo **ético**, que de forma salutar assegura a meação sobre o patrimônio construído durante o período de convívio, de modo a evitar a ocorrência de enriquecimento injustificado. De qualquer modo, a Súmula somente é aplicada quando a incomunicabilidade patrimonial decorre do regime de separação imposta pela lei. Não quando é eleito pelas partes.[100]

---

100. Recurso especial. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Escritura pública de união estável elegendo o regime de separação de bens. Manifestação de

Em qualquer das hipóteses de imposição do regime legal, a separação diz respeito aos bens presentes, e não aos futuros, obtidos na vigência do casamento.[101] Aliás, essa foi a lógica que inspirou a edição da Súmula. O casamento gera plena **comunhão de vidas** (CC 1.511). Em decorrência do dever de **mútua assistência** (CC 1.566 III), os cônjuges adquirem a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). O que faz surgir verdadeiro vínculo de **solidariedade** entre eles (CC 265). O mesmo ocorre na união estável.

Contudo, o STJ alterou o seu entendimento. Passou a exigir a prova do esforço comum para a comunicação dos bens adquiridos durante o casamento.[102] Sob o fundamento de evitar confusão com o regime de comunhão parcial de bens, tem exigido a prova de esforço comum na aquisição de bens no caso de separação legal.[103]

---

vontade expressa das partes que deve prevalecer. Partilha do imóvel de titularidade exclusiva da recorrente. Impossibilidade. Insurgência da demandada. Recurso especial provido. 2.2. O pacto realizado entre as partes, adotando o regime da separação de bens, possui efeito imediato aos negócios jurídicos a ele posteriores, havidos na relação patrimonial entre os conviventes, tal qual a aquisição do imóvel objeto do litígio, razão pela qual este não deve integrar a partilha. 3. Inaplicabilidade, *in casu*, da Súmula 377 do STF, pois esta se refere à comunicabilidade dos bens no regime de separação legal de bens (prevista no art. 1.641, CC), que não é caso dos autos. 3.1. O aludido verbete sumular não tem aplicação quando as partes livremente convencionam a separação absoluta dos bens, por meio de contrato antenupcial. Precedente. 4. Recurso especial provido para afastar a partilha do bem imóvel adquirido exclusivamente pela recorrente na constância da união estável. (STJ – REsp 1.481.888/SP (2014/0223395-7), 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, j. 10/04/2018).

101. Arnaldo Rizzardo, Direito de Família, 663.

102. Embargos de divergência no recurso especial. União estável. Casamento contraído sob causa suspensiva. Separação obrigatória de bens (CC/1916, art. 258, II; CC/2002, art. 1.641, II). Partilha. Bens adquiridos onerosamente. Necessidade de prova do esforço comum. Pressuposto da pretensão. Moderna compreensão da súmula 377/STF. Embargos de divergência providos. 1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. 3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial. (STJ – EREsp 1.623.858/MG, Rel. Min. Lázaro Guimarães, j. 23/05/2018).

103. Recurso especial. Ação declaratória de reconhecimento *post mortem* de união estável. Companheiro sexagenário. Separação obrigatória de bens (CC/1916, art. 258, II).

Tema que entretém a doutrina diz sobre a possibilidade de, no regime de separação obrigatória, via pacto antenupcial, os noivos afastarem a **comunicabilidade** dos bens adquiridos na constância da união, consagrada pela Súmula. Como o seu enunciado não é matéria de **ordem pública**, não representa direito indisponível que tenha de ser seguida a qualquer custo, irremediavelmente.[104] Deste modo, mesmo no regime da separação obrigatória de bens, é possível, por meio de pacto antenupcial ou contrato de convivência afastar a incidência da Súmula 377.[105] Não se tratando de convenção contra disposição absoluta de lei (CC 1.655), há liberdade suficiente para a estipulação, que pode conter, inclusive, regras de disposições legais revogadas.[106]

28.14. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS

O regime de bens é escolhido livremente pelos noivos, antes do casamento, por meio de **pacto antenupcial**. Eles podem eleger um dos regimes que a lei disponibiliza ou criar regime próprio da forma que melhor lhes aprouver. O simples **silêncio** leva a que se instaure o regime da **comunhão parcial** (CC 1.640). No entanto, no curso do casamento, há a possibilidade de os cônjuges, de comum acordo e justificadamente, alterarem o regime de bens (CC 1.639 § 2.º). Como bem refere Rodrigo da Cunha Pereira, alterar o regime de bens na vigência do casamento pode significar que os

Partilha de bens adquiridos onerosamente. Prova do esforço comum. Necessidade. 1. Controvérsia em torno da comunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável estabelecida com companheiro sexagenário. 2. Segundo a orientação jurisprudencial consolidada pela Segunda Seção desta Corte no julgamento do EREsp nº 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe 21/09/2015. [...] Considerando-se que o *de cujus* contava com 68 anos de idade por ocasião do início da união estável com a recorrida, ocorrido no ano de 2001, impõe-se a observância do regime de separação obrigatória de bens. Sendo assim, ressalvando o meu entendimento pessoal, sigo a orientação jurisprudencial consolidada da Segunda Seção desta Corte para reconhecer que apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da relação, desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, poderão ser objeto de partilha. [...] (STJ – REsp 1.545.724/RS (2015/0185452-7), Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, p. 09/05/2018).

104. Zeno Veloso, Casal quer afastar Súmula 377.

105. JCJF – Enunciado 634: É lícito aos que se enquadrem no rol de pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641 do Código Civil) estipular, por pacto antenupcial ou contrato de convivência, o regime da separação de bens, a fim de assegurar os efeitos de tal regime e afastar a incidência da Súmula 377 do STF.

106. Fabiana Domingues Cardoso, Regime de bens e pacto antenupcial, 126.

cônjuges estão salvando a conjugalidade, na medida em que fazem ajustes patrimoniais dissolvendo incômodos de ordem econômica.[107]

Ainda que fale a lei em "alteração do regime de bens", não quer dizer que a única possibilidade seja **trocar um regime por outro**, ou fazer uma combinação entre as modalidades existentes. Como os nubentes têm plena autonomia para deliberar sobre seus bens antes do casamento, dispõem da mesma liberdade para introduzirem as modificações que quiserem durante a união.

De todo descabida a exigência de que o pedido de alteração seja **justificado**. E mais, que a motivação seja provada. De igual modo, descabida a exigência da intervenção do Ministério Público (CPC 734 § 1.º). Até porque, antes do casamento os noivos escolhem o regime de bens que quiserem, sem nada terem que justificar a ninguém. Desse modo, havendo consenso do casal, o procedimento para alterá-lo depois das núpcias, deveria também ser extrajudicial. Além de flagrante afronta ao princípio da **autonomia da vontade** são expressamente ressalvados direitos de **terceiros**. Inclusive de **entes públicos.**[108]

Autorizada a alteração do regime de bens, nenhuma referência é feita sobre a possibilidade ou a necessidade de ser promovida a **partilha do acervo patrimonial**.

A depender do regime original e do regime eleito, a partilha é indispensável. Por exemplo, na alteração do regime da comunhão parcial para o de separação total de bens. Isso porque, no novo regime, cada um administra os bens que lhe são próprios, o que só pode acontecer se houver a individualização do patrimônio. Quando a situação é inversa, não se justifica a partilha. Cada vez mais a jurisprudência tem aliviado o rigor sobre a prova da motivação, exigência que afronta a própria autonomia do casal.

Ao depois, como o **divórcio** pode ser obtido sem a necessidade de implemento de qualquer prazo, podendo ser levado a efeito, inclusive, extrajudicialmente, nada impede que o casal, que queira alterar o regime de bens, simplesmente se divorcie, faça um pacto antenupcial e case novamente, sem ter que dar explicação a ninguém.

---

107. Rodrigo da Cunha Pereira, Divórcio:..., 206.

108. JCJF – Enunciado 113: É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com a ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.

Na **união estável** existe essa mesma possibilidade. A qualquer tempo os conviventes podem, **imotivadamente**, por meio de sucessivos contratos de convivência, modificar o que quiserem sobre o regime de bens. E não reconhecer que existe a mesma liberdade no casamento gera **injustificável desequiparação** entre os dois institutos. Os companheiros sempre gozaram de maior mobilidade no tocante aos bens. Sem maiores traumas, na união estável é possível a alteração, a qualquer tempo, das disposições de caráter patrimonial, inclusive com efeito retroativo, mediante singelo acordo despido de formalidades. Não é necessária nem chancela judicial, tampouco pública escritura ou qualquer outra modalidade de publicização.

Reconhecida pelo STF a **inconstitucionalidade** do tratamento diferenciado do casamento e da união estável por afronta ao princípio da igualdade, toda e qualquer diferenciação constante da legislação infraconstitucional resta contaminada da mesma sequela.[109]

Na **conversão da união estável em casamento**, é possível alterar o regime de bens e emprestar **efeito retroativo** ao regime de bens. Nada justificando que, na sua transformação em casamento, não se possa buscar efeito *ex tunc*.[110] O pedido de alteração só pode ser formulado se os noivos, quando do casamento, tinham **liberdade** para escolher o regime de bens. Quem foi obrigado a adotar o regime da **separação de bens** (CC 1.641), não pode pleitear a mudança após o casamento. Admitir-se essa possibilidade seria contrariar o teor da norma jurídica, que obriga o casamento por esse regime patrimonial, a fim de proteger um ou ambos os cônjuges.[111] Porém,

---

109. STF – Tema 809: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

110. Ação de alteração do regime de bens cumulada com partilha de bens. Concessão de eficácia *ex tunc* à modificação do regime de bens. Possibilidade. Autorização da partilha de bens. Cabimento. I. Em relação aos efeitos da alteração do regime de bens do casamento, devem possuir, desde que expressamente manifestado pelos cônjuges, eficácia *ex tunc*, uma vez que não há qualquer vedação, além de que o direito de terceiros está expressamente ressalvado no dispositivo legal (artigo 1639, § 2º, do Código Civil). Precedentes desta Câmara Julgadora. II. Desde que não acarrete prejuízo para o casal e resguardado o direito de terceiros, inexiste óbice à partilha dos bens, haja vista ter sido reconhecida, no decisum, a alteração para o regime da separação absoluta, sendo desnecessária a pretensão de extinção do vínculo conjugal para tanto. Apelação provida. (TJRS – AC 70076778158, 8ª C. Cív., Rel. José Antônio Daltoe Cezar, j. 10/05/2018).

111. Débora Gozzo, Apontamentos sobre o patrimônio no casamento e na união estável, 143.

superada a causa que impôs o regime da separação obrigatória (CC 1.641 I e III), não há impedimento para a alteração do regime. Basta comprovar que, depois do casamento, foram atendidas as exigências legais que impediram a livre eleição do regime matrimonial.[112]

No entanto, não há como admitir a alteração do regime de bens quando a separação foi imposta em face da **idade**, ou seja, se um ou ambos os noivos tinham ao casar, idade superior ao limite legal de 70 anos (CC 1.641 I).

De qualquer modo, a limitação é para a **adoção** do regime quando do casamento, não havendo qualquer restrição de idade para a **alteração** do regime durante o casamento.

Na hipótese de ter sido imposto o regime de separação por um ou ambos os cônjuges terem mais de 60 anos, quando o limite de idade foi majorado para 70 anos, é possível buscar a alteração do regime de bens, trazendo como único motivo a mudança da lei.[113]

A própria lei confere aos cônjuges um belo motivo para o pedido de alteração do regime de bens, uma vez que, na comunhão universal, lhes é vedado constituírem **sociedade comercial** (CC 977). Pretendendo os consortes se tornarem sócios, justifica-se o pedido. Do mesmo modo, a **má administração dos bens comuns** pode ensejar a alteração do regime, em vez do afastamento do cônjuge de tal encargo (CC 1.663 § 3.º). Com certeza, é mais traumático – por ser demanda litigiosa e depender de prova – buscar o afastamento coacto do consorte da administração dos bens do que alterar consensualmente o regime matrimonial. Outra possibilidade

112. JCJF – Enunciado 262: A obrigatoriedade da separação de bens (art. 1.641, I e III) não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que a impôs.

113. Ação de alteração do regime de bens. Separação total por obrigatoriedade da redação original do art. 1.641 do CC. Cônjuge varão com idade superior a 60 anos. Modificação da regra pela lei 12.344/2010. Ampliação da idade para 70 anos. União estável de duas décadas antes do casamento. Aplicação do art. 1.639, § 2º do CC. Provimento. A Lei Nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010 alterou a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), aumentando para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se tornou obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Aquele que foi obrigado a se casar pela separação absoluta por conta da redação original do art. 1641, II, do Código Civil, pode pleitear a alteração no regime de bens, desde que na data da propositura da ação judicial não seja septuagenário. A obrigatoriedade do regime legal da separação de bens constante do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil não deve prevalecer quando a convivência tenha se iniciado antes de um dos companheiros atingirem 60 anos (ou 70 anos, após modificação de redação dada pela Lei nº 12.344/2010). (TJPB – AC 00001438320148150881, 3ª C. Cív., Rel. Des. Maria das Graças Morais Guedes, j. 25/04/2019).

de alteração é concedida ao **estrangeiro naturalizado brasileiro**, que pode adotar o regime da comunhão parcial de bens quando do pedido de naturalização (LINDB 7.º § 5.º).[114]

28.14.1. Ação de alteração

Ainda que sejam livres os noivos para moldar o regime de bens por meio de **escritura pública** de pacto antenupcial (CC 1.653), depois do casamento, a mudança **depende de ação judicial**. Assim, o pacto é um **ato notarial** e a sua alteração um **ato judicial**. De forma injustificada, não é possível proceder à alteração do regime de bens extrajudicialmente (CPC 734). Cabe atentar que na **união estável**, a modificação do regime de bens pode ocorrer extrajudicialmente, a qualquer tempo, mediante simples alteração no **contrato de convivência**. A ação deve ser proposta por ambos os cônjuges, formando-se um **litisconsórcio necessário**. É preciso o consenso das partes. Havendo a resistência de um, não pode ser buscada a alteração. Descabe o uso do processo litigioso, não se cogitando de **suprimento judicial do consentimento** para ser buscada a alteração do regime.

A competência é da **vara de família** e o procedimento de **jurisdição voluntária** (CPC 719 a 725).[115] O **valor da causa** é o de alçada. Não se trata de ação imobiliária, cujo valor deve corresponder ao montante do patrimônio do casal.

Apesar de a intervenção do **Ministério Público** ser limitada às ações em que existem incapazes, é determinada sua intimação quando do recebimento da inicial (CPC 734 § 1.º).

Os consortes, representados por advogado, devem **justificar** o motivo da troca. Entendendo necessário, o juiz pode determinar a produção de provas.

É necessária a publicação de **edital** e, somente após o decurso de 30 dias, o juiz profere a **sentença**, determinando sua **averbação** nos cartórios do Registro Civil e no de Imóveis. No caso de um dos cônjuges ser **empre-**

---

114. Maria Helena Diniz, Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada, 229.

115. JCJF – Enunciado 113: É admissível ■ alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com a ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.

sário, deve ocorrer a averbação também no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

Acolhido o pedido e levado a efeito a alteração, a própria sentença é averbada no assento de casamento mediante **mandado judicial**.

O **termo inicial** da **alteração** do regime de bens é a data do **trânsito em julgado** da sentença. A modificação só pode surtir efeitos **perante terceiros** a partir da **averbação** da mudança no registro do casamento e nos registros imobiliários.[116]

Os **efeitos** da mudança do regime perante os cônjuges podem dispor de efeito *ex tunc ex nunc*, a depender da vontade dos cônjuges, contanto que não prejudique terceiros. Podem **retroagir** à data do casamento ou até atingir bens anteriores, comuns ou particulares, já existentes ou bens futuros.[117]

O próprio texto legislativo conduz à possibilidade da eficácia retroativa ao resguardar os direitos de terceiros, ressalva essa que só tem cabimento pela possibilidade de retroação.[118] Em face da ampla liberdade de estipulação, as alterações terão os efeitos escolhidos pelo casal.

---

116. Pedido de alteração do regime de bens com produção de efeitos *ex tunc*. Sentença que acolheu o pedido exordial para modificar o regime de bens, consignando, entretanto, que os efeitos se operariam ▪ partir do trânsito em julgado da sentença. Irresignação. Pedido de retroação dos efeitos da mudança à data da celebração do casamento. Acolhimento do pleito para que a alteração do regime de bens produza efeitos retroativos à data do casamento com relação aos cônjuges, mas, com relação ▪ terceiros, apenas a partir do trânsito em julgado. [...] Recurso conhecido e provido. (TJSC – AC 03105306820168240039 – 0310530-68.2016.8.24.0039, 1ª C. Cív., Rel. André Carvalho, j. 30/11/2017).

117. Ação de alteração do regime de bens cumulada com partilha de bens concessão de eficácia *ex tunc* à modificação do regime de bens possibilidade autorização da partilha de bens cabimento com o parecer. Recurso conhecido ▪ provido. I. Em relação aos efeitos da alteração do regime de bens do casamento, devem possuir, desde que expressamente manifestado pelos cônjuges, eficácia *ex tunc*, uma vez que não há qualquer vedação, além de que o direito de terceiros está expressamente ressalvado no dispositivo legal (artigo 1639, § 2º, do Código Civil). Precedentes desta Câmara Julgadora. II. Desde que não acarrete prejuízo para o casal ▪ resguardado o direito de terceiros, inexiste óbice à partilha dos bens, haja vista ter sido reconhecida, no *decisum*, a alteração para o regime da separação absoluta, sendo desnecessária ▪ pretensão de extinção do vínculo conjugal para tanto. (TJMS – AC 0803090-43.2018.8.12.0001, 2ª C. Cív., Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, p. 30/01/2020).

118. Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de Direito de Família, 157.

Quando o novo regime determinar comunhão mais restrita, indispensável a prévia **partilha dos bens**. É o que ocorre na mudança do regime da comunhão parcial ou comunhão universal para o regime da separação convencional. Com relação aos bens já integrantes do patrimônio comum, imperiosa a divisão do ativo e do passivo, uma vez que, a partir daí, cessa a responsabilidade de cada cônjuge em relação aos credores do outro (CC 1.671).

Nada impede que sejam estabelecidos efeitos diversificados, referentes a bens determinados e em datas diversas.

LEITURA COMPLEMENTAR

MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM; Magister, Belo Horizonte, ano XIII, n. 25, p. 5-32, dez.-jan. 2012.

NAHAS, Luciana Faisca. Pacto antenupcial – o que pode e o que não pode constar? Reflexões sobre cláusulas patrimoniais e não patrimoniais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 201-224.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. *Pacto dos noivos*: O que você gostaria de saber sobre regime de bens, mas tem receio em perguntar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Regimes de bens no casamento e na união familiar estável*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

29

PARTILHA

Sumário: 29.1. Questões patrimoniais – **29.2.** Mancomunhão – **29.3.** Uso exclusivo de bem comum – **29.4.** Sub-rogação – **29.5.** Dívidas e encargos – **29.6.** FGTS, verbas rescisórias e créditos trabalhistas – **29.7.** Ativos financeiros – **29.8.** Acervo societário – **29.9.** Outros bens e direitos – **29.10.** Desconsideração da personalidade jurídica: ***disregard*** – **29.11.** Edificação em imóvel de terceiros – **29.12.** Promessa de doação – **29.13.** Usucapião familiar – **29.14.** Aspectos processuais: **29.14.1.** Ação de partilha; **29.14.2.** Tutela provisória; **29.14.3.** Ação de anulação da partilha – Leitura complementar.

Referências legais: CC 50, 1.523 III, 1.575, 1.576, 1.581, 1.641 I, 1.240-A; CPC 133 a 137, 731 parágrafo único; MP 881/2019.

29.1. QUESTÕES PATRIMONIAIS

O fim de vínculos afetivos produz reflexos de várias ordens: sociais, emocionais, psicológicas. Claro que as questões de natureza patrimonial são as que acabam gerando maior desgaste. A identificação do que cabe ser partilhado ou não guarda estrita relação com o **regime de bens**, quer no casamento, quer na união estável. Assim, ao se falar em partilha, primeiro precisa-se identificar o regime de bens, pois em cada um deles existe um rol de bens e encargos excluídos de comunicabilidade e, portanto, ficam fora da partilha.

Os bens adquiridos durante o casamento ou a união estável chamam-se **aquestos**. Além destes, também as **dívidas e os encargos** são de responsabilidade de ambos. A quantificação do patrimônio depende de um cálculo simples: ativo menos passivo. O produto dessa operação matemática é que cabe ser dividido.

Seja qual for o regime de bens – exceto no regime da separação convencional (CC 1.687) –, o fim da entidade familiar tem efeitos econômicos. Assim, o ideal é que as partes procedam à divisão dos bens quando do fim do relacionamento. Não é o que frequentemente ocorre, até porque a lei admite que a partilha não ocorra por ocasião do divórcio (CC 1.581 e CPC 731 parágrafo único). O STJ inclusive sumulou o tema.[1]

Na união estável, como seu fim ocorre com a simples separação de fato, a divisão do patrimônio tende a acontecer depois. Sequer têm as partes o cuidado de formalizar o início e o fim da vida em comum. E, quando estas questões chegam à Justiça, o processo se perpetua.

A lei tenta impedir que ocorra **novo casamento** antes da divisão do patrimônio. Impõe restrições antes da prévia partilha dos bens, recomendando que o divorciado **não deve casar** (CC 1.523 III). A quem descumpre esta recomendação legal é obrigatório o regime da **separação de bens** (CC 1.641 I). Ou seja, são subtraídos efeitos patrimoniais do casamento. Por óbvio que a intenção é evitar o embaralhamento de bens pela eventual sobreposição de titulares.

A falta da partilha é **[illegible] suspensiva** para novo casamento. Ou seja, desobedecendo os noivos a recomendação de não casarem, o regime é o da separação legal de bens. A preocupação existe somente no casamento. Silencia o legislador com relação à união estável, ainda que iguais confusões possam surgir enquanto não estremado o patrimônio de cada convivente. O mesmo princípio deveria ser aplicado ao fim da união estável. Como esta se constitui e se dissolve sem a chancela do Poder Judiciário, também não há como condicionar a constituição de uma união estável à prévia partilha dos bens de casamento ou união anterior. Por falta de expressa previsão legal, a tendência é as restrições se limitarem ao fim de um casamento e ao início de outro.

A desigualdade na partilha configura transferência patrimonial, gerando a incidência do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doações (ITCD), chamado de **imposto de reposição**. O desequilíbrio na divisão do patrimônio configura **doação** de um cônjuge ao outro.[2]

---

1. STJ – Súmula 197: O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.

2. Registro de imóveis. Dúvida julgada procedente. Partilha realizada em ação de divórcio. Imposto de transmissão *intervivos*. Apartamento [illegible] vaga de garagem atribuídos para a apelante. Partilha desigual, com previsão de pagamento de quantia em dinheiro, ao divorciando, para a reposição do valor correspondente à sua meação na totalidade dos bens comuns. Necessidade de comprovação da declaração e do reco-

O Código Tributário Nacional delega aos Estados sua regulamentação, autorizando a eleição do **sujeito passivo** (CTN 42). Alguns Estados atribuem a obrigação ao doador e outros ao donatário. Mas não há como impor o pagamento justamente a quem supostamente doou bens. É descabido que, quem fica com menor patrimônio ainda seja onerado com o pagamento do imposto. Até porque não se trata propriamente de doação, mas de composição da partilha do patrimônio. Nitidamente inconstitucional atribuir o encargo ao donatário, por ofender o princípio da capacidade contributiva, na medida em que é o beneficiário da riqueza que está sendo tributada.

29.2. MANCOMUNHÃO

Quer no casamento, quer na união estável, quando o regime do casamento prevê a comunhão do patrimônio adquirido durante o período de convívio, os bens pertencem a ambos em partes iguais. A presunção é que foram adquiridos pela **comunhão de esforços** para amealhá-los. Cada um é titular da metade e tem direito à **meação** de cada um dos bens. Esta copropriedade recebe o nome de **mancomunhão**: é o estado dos bens conjugais antes de sua efetiva partilha. Expressão corrente na doutrina, que, no entanto, não dispõe de previsão legal. Nada mais significa do que propriedade em "mão comum", ou seja, pertencente a ambos os cônjuges ou companheiros. Tal figura distingue-se do **condomínio**: quando o casal detém o bem ou coisa simultaneamente, com direito a uma fração ideal, podendo alienar ou gravar seus direitos, observada a preferência do outro (CC 1.314 e seguintes).[3]

A **comunicabilidade** é a regra, que admite exceções, a depender do regime de bens eleito pelo par, via pacto antenupcial ou contrato de convivência. Com o fim da vida em comum, cessa a presunção de aquisição dos bens a duas mãos. No regime da **separação obrigatória**, passou a ser exigida a **prova do esforço mútuo** para eventual partilha dos bens adquiridos durante a união, afastando o enunciado da Súmula 377.[4]

Apesar da previsão legal (CC 1.575 e 1.576), nunca foi a **separação judicial** nem é o **divórcio** ou a declaração judicial da extinção da união

---

lhimento do imposto de transmissão *intervivos*, ou de decisão judicial em que reconhecida a sua não incidência – Recurso não provido. (TJSP – 10671712120188260100 SP 1067171-21.2018.8.26.0100, CSM, Rel. Pinheiro Franco, j. 26/02/2019).

3. Rodrigo da Cunha Pereira, Dicionário de Direito de Família e Sucessões, 447.

4. STJ – Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

estável que põem fim ao regime de bens. É a **separação de fato** que sinaliza o término do relacionamento e da comunicabilidade patrimonial.[5]

Sendo dois os titulares e estando somente um na administração de bem que gera **lucros, rendas** ou **dividendos**, tem o possuidor a obrigação de promover a divisão dos ganhos. sob pena de se chancelar o **enriquecimento sem causa**. É o que a Lei chama de **alimentos provisórios** (LA 4º parágrafo único): entrega de parte da renda líquida ao outro. A expressão é de todo inadequada, pois não se tratam de alimentos nem dispõem do caráter de provisoriedade.

A exigibilidade do pagamento não está adstrita à propositura de uma ação de alimentos nem se limita ao regime da comunhão universal de bens. Existe em qualquer regime em que haja **comunhão de aquestos**. Não há outra forma de pressionar a ultimação da partilha, procedimento cuja demora vem em benefício de quem está na administração exclusiva de patrimônio que não é somente seu.

De um modo geral, o autor da ação é quem está alijado da posse e dos rendimentos de bens que também são seus. Às claras que o réu não tem qualquer interesse que a ação chegue ao fim. Ao menos, se tiver de dividir rendimentos, há uma chance de o autor receber sua parte do patrimônio.

29.3. USO EXCLUSIVO DE BEM COMUM

Com o fim do relacionamento e antes da partilha, os bens comuns ficam em estado de mancomunhão. E quando ficam fica na **posse, uso e gozo** de um dos cotitulares, ele tem o dever de **prestar contas** da administração exclusiva.[6]

Do mesmo modo, precisa remunerar o outro que está alijado do patrimônio. O encargo tem caráter **indenizatório**, sendo que o parâmetro

5. IBDFAM – Enunciado 2: A separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre cônjuges e entre companheiros.

6. Ação de prestação de contas c/c repasse dos lucros líquidos obtidos das empresas em posse exclusiva do réu c/c arbitramento de alugueres. [...] Em que pese tratar-se de mancomunhão, instituto assemelhado à indivisão do monte-mor de uma herança antes da partilha, deve-se aplicar a regra do condomínio (art. 1.319, CC), possibilitando a exigência de prestação de contas e cobrança de aluguéis, sob pena de enriquecimento indevido da parte que usufrui com exclusividade dos bens, até prolação da sentença de partilha. Precedentes deste E. Tribunal e do STJ. Recurso parcialmente provido. (TJSP – AI 2232471-90.2019.8.26.0000, 6ª C. Dir. Priv., Rel. Vito Guglielmi, j. 25/09/2020).

utilizado deve corresponder à **metade do valor** que o mesmo renderia caso estivesse alugado. Tal obrigação não se confunde com **alimentos compensatórios**, que têm por finalidade recompor o equilíbrio financeiro entre as partes.[7]

A medida é mais do que salutar. Afinal, se quem permanece usando bem comum não se sujeita a qualquer ônus, jamais terá interesse em proceder à sua divisão. O STJ reconhece o dever de pagar mesmo **antes da partilha**, desde que definida ■ cota-parte de cada condômino nem haja oposição à posse exclusiva.[8] E estabelece como **termo inicial** a data da **citação** para a ação judicial de arbitramento de aluguéis. Seria o momento em que se extingue o comodato gratuito que vigorava.[9]

Porém, antes mesmo do **divórcio** e independentemente da propositura da **ação de arbitramento de aluguel** ou **ação de partilha**, cabe impor o pagamento pelo uso exclusivo de bem comum. Indispensável reconhecer que, a partir da **separação de fato**, passando um a usufruir sozinho de um bem comum, não surge um **comodato gratuito**. O uso e fruição exclusivos de coisas comuns por um só dos consortes não possui motivo que o

---

7. Ação de divórcio litigioso cumulada com partilha de bens e alimentos compensatórios. [...] Pretendida ■ fixação de alimentos compensatórios em seu favor, até a partilha dos bens, sob o argumento de que ■ agravada (ex-esposa) está na posse exclusiva do único imóvel do ex-casal. Tese rejeitada. Natureza indenizatória da prestação almejada. Cabimento tão somente quando um dos cônjuges exerce, com exclusividade, a administração de patrimônio comum do ex-casal capaz de gerar algum tipo de renda. Situação não vislumbrada na hipótese. Instituto que viabiliza o reequilíbrio financeiro enquanto não efetuada ■ partilha de bens. Verba compensatória que não se confunde com o recebimento de alugueres pelo uso exclusivo de imóvel comum das partes por um dos cônjuges. [...] Recurso conhecido ■ desprovido. (TJSC – AI – 4013097-45.2018.8.24.0900, 4ª C. Dir. Cív., Rel. Luiz Felipe Schuch, j. 21/05/2020).
8. Agravo interno no recurso especial. Ação de divórcio e partilha. Arbitramento de alugueis contra ex-cônjuge que permanece na posse exclusiva do imóvel antes da partilha. Possibilidade. [...] 1 – É admissível a fixação de alugueis devidos contra o cônjuge que, após a separação de fato ou divórcio, permanece na posse exclusiva de bem comum de propriedade do casal, inclusive antes mesmo da partilha do bem, desde que não haja dúvida acerca da quota-parte de cada cônjuge e de que haja oposição à posse exclusiva. [...] 4 – Agravo interno desprovido. (STJ – AgInt no REsp 1.847.015/RS (2019/0328875-6), 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/10/2020).
9. Agravo em recurso especial. [...] O marco temporal para o cômputo do período a ser indenizado, todavia, não é ■ data em que houve a ocupação exclusiva pela ex-cônjuge, tampouco é a data do divórcio, mas, sim, é a data da citação para a ação judicial de arbitramento de alugueis, ocasião em que se configura a extinção do comodato gratuito que antes vigorava. [...] (STJ – AREsp 1.674.755/SP (2020/0053331-0) (Dec. monocrática), Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 07/05/2020).

legitime. É desautorizado e por isso configura enriquecimento sem causa, expressamente vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro (CC 884).[10]

Para isso, deve bastar a **notificação** do usuário, o que inclusive pode ser levado a efeito **extrajudicialmente**. Caso o detentor da posse não concorde com o valor cobrado, deve ele promover **ação de consignação em pagamento**, até que judicialmente seja arbitrado o valor devido.

Uma distinção necessita ser feita. Permanecendo no imóvel quem faz jus a **alimentos** – seja o ex-cônjuge, sejam os filhos –, não cabe a imposição do encargo, pois o uso configura **alimentos *in natura***. O valor correspondente cabe ser considerado por ocasião da fixação dos alimentos.[11]

Restando o **veículo** do casal na posse exclusiva de somente um, este deve indenizar o outro, no valor correspondente à metade do **aluguel**. O parâmetro, no entanto, não pode ser o preço praticado pelas locadoras, que tralham com veículos novos e há lucro embutido no preço.

Caso o único bem a partilhar seja o imóvel que serve de residência à família e a venda não permita a aquisição de dois outros, impositivo relegar a alienação para momento posterior. Principalmente se no imóvel reside um dos pais e os filhos. Para a permanência do uso da residência comum cabe invocar o **direito constitucional à moradia** (CF 6.º), o **direito real de uso** (CC 1.412) e até o **direito real de habitação** (CC 1.414 e 1.831). Apesar de o último instituto ser afeito ao direito sucessório e a favor do cônjuge, pode ser analogicamente aplicado em situações excepcionais a favor de filhos menores ou incapazes.

---

10. Rafael Calmon, Direito das Famílias e Processo Civil, 264.

11. [...] Pretensão de recebimento de aluguéis pelo uso de imóvel. Posse exercida por aquele que detém a guarda exclusiva. [...] 3. Conquanto seja possível, em tese, ao ex-cônjuge ou ex-convivente obter do outro o pagamento de indenização parametrizada a aluguéis pelo uso de imóvel que integra o acervo comum ou exclusivo, no caso concreto, não se mostra equânime, nem coerente com as disposições constitucionais e infra, ao atribuem a ambos os genitores o dever de sustento da prole, impor àquela que detenha a guarda unilateral do filho em comum a obrigação de arcar com a indenização por sua permanência no bem, uma vez que não houve fruição exclusiva. 4. Porquanto é possível a prestação de alimentos *in natura*, mediante a concessão convencional ou ficta de moradia, as diversas relações jurídicas sobrepostas ensejam verdadeiro encontro de contas, antes que se conclua pelo direito pontual à indenização vindicada com a inicial. Afinal, o ex-cônjuge ou ex-companheira que após a separação permanece habitando o imóvel comum, na eventual omissão do varão alimentante quanto ao pagamento de alimentos em espécie, sub-roga-se pelas quantias efetivamente pagas à alimentanda, pela contingência da omissão daquele. [...] (TJDF – AC 0018583-39.2015.8.07.0001, 1ª T. Cív., Rel. Carlos Rodrigues, j. 19/08/2020).

Se quem permanece na posse de bem comum realiza **benfeitorias úteis ou necessárias**, estas despesas precisam ser **partilhadas**, pois agregaram valor ao bem.[12] Até o pagamento, é possível exercer **direito de retenção.**

29.4. SUB-ROGAÇÃO

Durante o casamento e a união estável, comunicam-se todos os bens adquiridos **onerosamente** na constância da convivência, independentemente da comprovação da efetiva participação de cada um dos companheiros. O esforço comum é presumido. Como a regra é a **comunicabilidade**, as exceções a este princípio devem ser comprovadas por quem as alega (CC 1.659).

Quem tem bens recebidos por **doação** ou **herança**, assim como bens adquiridos antes do casamento ou da união estável, tal patrimônio é **incomunicável**. A depender do regime de bens, são **bens particulares** e continuam pertencendo, com exclusividade, ao seu titular quando da dissolução do casamento ou da união.

A titularidade exclusiva permanece, inclusive, com relação aos bens adquiridos com o **produto da venda** dos bens particulares, ainda que a transação ocorra durante o período do relacionamento. É o que se denomina de sub-rogação. A regra é a comunicabilidade, a sub-rogação é a exceção. Não basta comprovar a venda de um bem e a compra de outro, mas que a compra foi feita com o **produto** da venda.[13]

---

12. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha de bens. Despesas com a conservação/manutenção do imóvel comum. [...] 2. Despesas com a conservação/manutenção do imóvel comum. Os valores desembolsados por um dos cônjuges/companheiros para a conservação/manutenção do imóvel que serviu de residência ao casal, mesmo após a separação conjugal, devem ser incluídos na partilha, porque valorizam o bem e, ao fim e ao cabo, vem em benefício de ambos. Sentença reformada no ponto. Deram provimento. Unânime. (TJRS – AC 70080269517 RS, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, J. 21/03/2019).

13. Divórcio. Regime de separação parcial de bens. Partilha de bens imóveis, veículo e dívidas. Sub-rogação. Não ocorrência. 1. Adotado o regime de comunhão parcial, a partilha dos bens adquiridos na constância do casamento se faz na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada cônjuge. Presumem-se adquiridos pelo esforço comum de ambos os cônjuges todos os bens sobrevindos ao tempo da sociedade conjugal, independentemente de apenas um deles ter destinado recursos para a aquisição do patrimônio, salvo se houver demonstração de exclusividade do bem. 2. Para demonstrar a sub-rogação não basta comprovar que antes da compra de um determinado bem havia vendido outro, mas deve restar provado o emprego do produto da alienação do bem particular na aquisição do novo bem a fim

Se durante a união houve a alienação de um bem particular para a aquisição de um de **maior valor**, ocorre **somente sub-rogação parcial**, devendo ser alvo da partilha a **diferença** do acréscimo patrimonial. Apura-se o valor do bem adquirido à data do fim da união e abate-se a fração quitada com o bem particular.

O cálculo é elaborado sobre o **valor do bem**, não cabendo somente o reembolso do numerário pago no período. Por exemplo, se o bem particular correspondeu a 20% do preço do que foi adquirido, quando da partilha o titular da sub-rogação recebe 20% do valor do bem, avaliado quando da separação de fato.

29.5. DÍVIDAS E ENCARGOS

O conceito de patrimônio é: ativo menos passivo. Assim, no fim da união cabe ser partilhado o acervo patrimonial comum: os **bens** que são de propriedade do casal e também as **dívidas** contraídas em prol da família.

Mesmo depois da separação de fato, as despesas decorrentes da **manutenção** dos bens comuns precisam ser partilhadas.[14]

---

de ser mantida a incomunicabilidade. O ônus de demonstrar a sub-rogação é daquele que alega. Como o apelante não logrou em se desincumbir do seu encargo probatório, nos termos do art. 373, inc. II, do Código de Processo Civil, a partilha igualitária do veículo é medida que se impõe. 3. O apelante não demonstrou que a parte dos empréstimos que deve ser partilhada, tenha sido utilizada em benefício da própria família. Igualmente, quanto à partilha dos bens que guarneciam a residência do casal, alegados pelo apelante, não há provas nos autos que foram adquiridos durante o casamento. Portanto, não há como serem partilhados. 4. Recurso desprovido. (TJDF – AC 0009476-73.2017.8.07.0009, Rel. Hector Valverde, j. 13/03/2019).

14. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha de bens. Despesas com a conservação/manutenção do imóvel comum. 1. Partilha de bens. Na união estável, o regime de bens aplicável é o da comunhão parcial se, em sentido contrário, não dispuserem os conviventes (art. 1.725 do CC). De regra, então, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal na constância da união, em caráter oneroso, conforme dispõe o art. 1.658 do CC, sendo irrelevante perquirir acerca da colaboração individual, presumindo-se que resultou do esforço comum. 2. Despesas com a conservação/manutenção do imóvel comum. Os valores desembolsados por um dos cônjuges/companheiros para a conservação/manutenção do imóvel que serviu de residência ao casal, mesmo após a separação conjugal, devem ser incluídos na partilha, porque valorizam o bem e, ao fim e ao cabo, vem em benefício de ambos. Sentença reformada no ponto. Deram provimento. Unânime. (TJRS – AC 70080269517, 8ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 21/03/2019).

Adquirido bem mediante **financiamento** é preciso identificar o número de prestações quitadas durante a vigência da união. É esta a fração do bem a ser partilhado. Não se leva em conta o montante desembolsado, mas a **percentagem do bem adquirido**. Ficando um com o bem, o outro deve perceber o valor correspondente à metade da fração que foi paga durante o período de convívio, proporcionalmente ao número de parcelas pagas. O cálculo deve tomar por base o valor à data da **separação de fato**.[15]

Incidindo **ônus real** sobre o patrimônio, o que se divide é o acervo patrimonial existente, a porcentagem que foi quitada. Abate-se da base de cálculo da partilha o ônus real que incide sobre o bem, alvo da divisão, assim como eventuais tributos ou taxas devidas.

Não existindo comunhão de **aquestos**, adquirido o bem em nome de ambos, para a identificação de quem permanecerá com os direitos decorrentes do contrato de aquisição do imóvel, cabe invocar as regras do **condomínio** para aquilatar o grau de participação de cada um dos compradores na compra.

29.6. FGTS, VERBAS RESCISÓRIAS E CRÉDITOS TRABALHISTAS

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) é um benefício criado com o objetivo de proteger o trabalhador da iniciativa privada, demitido sem justa causa. A constituição deste patrimônio decorre de depósito mensal feito pelo empregador, em nome do empregado e pode ser sacado pelo titular em diversas circunstâncias legalmente definidas (Lei 8.036/1990).

A **natureza jurídica** de tal verba foi reconhecida pelo STJ como "direito social dos trabalhadores urbanos e rurais", constituindo **fruto civil do trabalho.**[16]

15. [...] Partilha de bens imóveis. Comunhão parcial de bens. Partilha. Imóvel financiado na constância do casamento. Meação das parcelas pagas durante a união. [...] A aquisição de bem imóvel mediante contratação de financiamento pelo casal, quando não quitado na constância do casamento, autoriza a partilha tão somente dos valores correspondentes às prestações pagas até a separação de fato, não havendo qualquer óbice, também, em acordar acerca do pagamento das prestações remanescentes e da futura destinação do bem, notadamente quando se tratam de pessoas maiores e capazes, e não se verifica mácula que possa ensejar prejuízo a terceiros. Apelação cível conhecida e provida. (TJGO – AC 01738795120188090051, Rel. Wilson Safatle Faiad, j. 22/03/2019).
16. STJ – REsp 848.660/RS, 3ª T, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 13/05/2011.

Ninguém questiona que, enquanto depositado na conta vinculada do trabalhador, o crédito é considerado direito trabalhista, não sendo partilhável no regime da comunhão parcial de bem.

No entanto, quando do **levantamento** dos valores durante a vida em comum para a aquisição de bem imóvel, o STJ afirma que a verba perde a característica de incomunicabilidade e o bem deve ser partilhado.[17]

Muito mais coerente a posição da justiça gaúcha que não sujeita a verba a uma verdadeira alquimia. O só fato de ter sido utilizada para a compra de um bem – possibilidade admitida pela lei – não perde sua característica de incomunicabilidade, por ser fruto civil do trabalho.[18]

Quanto ao recebimento de verbas rescisórias, e créditos trabalhistas, o critério é o mesmo. São excluídos da comunhão, por se enquadrarem na categoria de fruto civil do trabalho (CC 1.659 VI). A discussão é do âmbito do Direito do Trabalho e diz com natureza de tais verbas: se **indenizatórias** ou **remuneratórias**. São partilháveis os valores auferidos a título de **verbas trabalhistas** de **natureza remuneratória**, quando a aquisição do direito se deu na constância da união estável ou casamento. Também dispõem de natureza **salarial** – e não indenizatória – os valores resultantes de **ação previdenciária** relativa à **aposentadoria.**[19]

17. Agravo interno no recurso especial. União estável. Aquisição de imóvel. FGTS. Levantamento. Partilha. Necessidade. Valor. Comunicabilidade. [...] 2. A jurisprudência desta Corte firmou posicionamento no sentido de que os valores de FGTS levantados durante o interregno da união estável utilizados para aquisição de imóvel devem ser objeto de partilha. 3. Agravo interno não provido. (STJ – AgInt no REsp 1.575.242/MG, 3ª T, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 06/03/2018).

18. Ação de divórcio. Partilha. Pelo regime da comunhão parcial, os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento devem ser partilhados igualitariamente. No entanto, os valores provenientes do FGTS utilizados na aquisição do imóvel são incomunicáveis. Precedentes do TJRS. Agravo interno desprovido. (TJRS – AI 70083784843, 7ª C. Cív., Rel. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 20/05/2020).

19. Divórcio. Partilha. Regime da comunhão parcial de bens. [...] 5. Valores auferidos pelo varão em ação previdenciária. Aposentadoria por tempo de contribuição. Possibilidade da partilha, em equivalência ao entendimento do STJ no que se refere a verbas trabalhistas. Na linha do consolidado entendimento do STJ, incide meação sobre valores auferidos a título de verbas trabalhistas, de natureza remuneratória, quando a aquisição do direito de retribuição pelo trabalho desenvolvido tenha se dado na constância da união estável ou casamento. Assim, é aplicável o mesmo entendimento no que diz respeito a valores resultantes de ação previdenciária relativa à aposentadoria por tempo de contribuição – que tem natureza salarial, e não indenizatória, frise-se. [...] (TJRS – AC 70080065550 RS, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 21/03/2019).

Percebidas tais verbas durante o casamento ou a união estável, são partilháveis.[20] Quando o crédito se refere ao período de vigência da união, os valores precisam ser divididos, mesmo que tenham sido recebidas depois do fim do relacionamento. O mesmo ocorre quanto aos valores percebidos a título de **aposentadoria.**

29.7. ATIVOS FINANCEIROS

Não se pode confundir previdência privada e previdência complementar fechada.

Entidades Fechadas de Previdência Complementar – não tem fins lucrativos e disponibilizam planos de benefício complementar apenas aos empregados ou grupo de empresas aos quais estão atrelados. São prestações de caráter previdenciário. Como têm natureza de pensão, meio soldo, são **incomunicáveis** (CC 1.659 VII).[21]

Entidades Abertas de Previdência Complementar – tem finalidade lucrativa e seus planos de benefícios (previdência privada) são oferecidos abertamente ao mercado, a qualquer pessoa.

A previdência privada oferece duas modalidades:

- **Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL)** – plano de previdência complementar aberta com caráter previdenciário. Destina-se à formação de um fundo a longo prazo, para a concessão de uma renda ao beneficiário durante sua vida, após ele atingir determinada idade; e

20. Recurso especial. Indenização trabalhista. Fonte laboral. Divisibilidade. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a verba de natureza trabalhista adquirida e pleiteada, na constância da união, comunica-se entre os cônjuges, devendo, portanto, ser partilhada. (STJ – REsp 1.639.284/SC (2016/0304908-0) (Dec. monocrática), Rel. Min. Raul Araújo, j. 27/04/2020).

21. Agravo interno no agravo em recurso especial. Separação judicial. Sobrepartilha. Tese de incomunicabilidade dos valores investidos em previdência privada fechada. Procedência. Precedente desta corte. Agravo improvido. 1. De fato, esta Corte pacificou entendimento de que "o artigo 1.659, inciso VII, do CC/2002 expressamente exclui da comunhão de bens as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, como, por analogia, é o caso da previdência complementar fechada" (REsp 1.477.937/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/4/2017, Dje 20/6/2017). 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ – AgInt no AREsp 1205416 SP 2017/0271028-0, 3ª T, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 12/06/2018).

- **Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL)** – assemelha-se a um seguro, mediante o pagamento de uma importância em dinheiro aos beneficiários indicados do instituidor, depois de sua morte.

Questiona-se se esta modalidade de investimento é alvo de partilha. Sua comunicabilidade ou não está ligada à identificação de sua natureza jurídica. Reconhecida como **pecúlio**, é bem particular e não assegura direito à **meação**. No entanto, considerados os valores recolhidos como **previdência complementar aberta** é investimento objeto de partilha.[22]

---

22. Ação de divórcio e partilha de bens. [...] Planos de previdência privada aberta. Regime marcado pela liberdade do investidor. Contribuição, depósitos, aportes e resgates flexíveis. Natureza jurídica multifacetada. Seguro previdenciário. Investimento ou aplicação financeira. Dessemelhanças entre os planos de previdência privada aberta e fechada, este último insuscetível de partilha. Natureza securitária e previdenciária dos planos privados abertos verificada após o recebimento dos valores acumulados, futuramente e em prestações, como complementação de renda. Natureza jurídica de investimento e aplicação financeira antes da conversão em renda e pensionamento ao titular. Partilha por ocasião do vínculo conjugal. Necessidade. Art. 1.659, VII, do CC/2002 [...] 4 – Os planos de previdência privada aberta, operados por seguradoras autorizadas pela SUSEP, podem ser objeto de contratação por qualquer pessoa física e jurídica, tratando-se de regime de capitalização no qual cabe ao investidor, com amplíssima liberdade e flexibilidade, deliberar sobre os valores de contribuição, depósitos adicionais, resgates antecipados ou parceladamente até o fim da vida, razão pela qual a sua natureza jurídica ora se assemelha a um seguro previdenciário adicional, ora se assemelha a um investimento ou aplicação financeira. 5 – Considerando que os planos de previdência privada aberta, de que são exemplos o VGBL e o PGBL, não apresentam os mesmos entraves de natureza financeira e atuarial que são verificados nos planos de previdência fechada, a eles não se aplicam os óbices à partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal apontados em precedente da 3ª Turma desta Corte (REsp 1.477.937/MG). 6 – Embora, de acordo com a SUSEP, o PGBL seja um plano de previdência complementar aberta com cobertura por sobrevivência e o VGBL seja um plano de seguro de pessoa com cobertura por e sobrevivência, a natureza securitária e previdenciária complementar desses contratos é marcante no momento em que o investidor passa a receber, a partir de determinada data futura e em prestações periódicas, os valores que acumulou ao longo da vida, como forma de complementação do valor recebido da previdência pública e com o propósito de manter um determinado padrão de vida. 7– Todavia, no período que antecede a percepção dos valores, ou seja, durante as contribuições e formação do patrimônio, com múltiplas possibilidades de depósitos, de aportes diferenciados e de retiradas, inclusive antecipadas, a natureza preponderante do contrato de previdência complementar aberta é de investimento, razão pela qual o valor existente em plano de previdência complementar aberta, antes de sua conversão em renda e pensionamento ao titular, possui natureza de aplicação e investimento, devendo ser objeto de partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal por não estar

A distinção é feita por José Simão. Antes de se atingir a idade estabelecida no plano, a previdência privada não passa de aplicação financeira como qualquer outra. Não há pensão antes desse momento e, portanto, não há incomunicabilidade. Isso porque sequer há certeza de que, ao fim do plano, efetivamente os valores se converterão em renda ou serão sacados pelo titular.[23]

Com certeza esta diferenciação se impõe, até para evitar fraude ao regime de bens. Caso a opção do investidor for qualquer aplicação, o crédito se comunica. Mas se for reconhecido que a previdência privada não é uma aplicação financeira, esta seria uma bela forma de fraudar a meação. Feito o investimento, depois da separação bastaria o seu titular pedir o resgate da importância e com isso lesar o cônjuge ou o companheiro.

Mantendo o casal **conta conjunta**, o saldo existente quando na separação de fato deve ser dividido: tanto o ativo como o eventual passivo. A cotitularidade gera vínculo de **solidariedade**, independentemente de quem tenha procedido ao depósito do numerário. O crédito pertence a ambos em partes iguais.

29.8. ACERVO SOCIETÁRIO

Com relação a **cotas sociais**, a depender do regime de bens, é necessário distinguir se elas pertencem ao casal ou se são bens particulares de um dos cônjuges ou companheiros. Quando os sócios são casados pelo regime da **comunhão universal**, é nula a cessão de cotas da sociedade empresária entre eles.[24]

No caso de o ente societário pertencer a **ambos**, em face do regime de bens, há a necessidade de se partilhar o acervo comum, ou seja, o

---

abrangido pela regra do art. 1.659, VII, do CC/2002. [...] (STJ – REsp 1.698.774/RS (2017/0173928-2), 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 01/09/2020).

23. José Fernando Simão, Comunhão parcial de bens e previdência privada: mear ou não mear, eis a questão!

24. [...] Cessão de cotas de sociedade empresária entre sócios cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens. Nulidade da doação. Comunicabilidade, copropriedade e composse incompatíveis com a doação entre os cônjuges. [...] 5 – É nula a doação entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens, na medida em que a hipotética doação resultaria no retorno do bem doado ao patrimônio comum amealhado pelo casal diante da comunicabilidade de bens no regime e do exercício comum da copropriedade e da composse. [...] (STJ – REsp 1.787.027/RS (2016/0019400-1), 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04/02/2020).

valor do capital integralizado à data da separação de fato, devidamente corrigido.[25]

No entanto, se a participação social é somente de um dos cônjuges ou companheiros, o outro faz jus, a título de **frutos de bem particular** (CC 1.660 V), à **metade dos dividendos** a que tem direito o sócio, não percebidos durante o período da vida em comum. O cônjuge ou companheiro pode exigir a dissolução parcial da sociedade mediante a **apuração de haveres** (CC 599 III), mas não pode exigir, desde logo, a parte que lhe couber na quota social, concorrendo somente com a **divisão periódica dos lucros** até a dissolução da sociedade (CC 1.027).

Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) é uma modalidade empresarial formada por um único sócio. O próprio empresário abre um negócio e é o único dono. Enunciado das Jornadas de Direito Comercial da Justiça Federal veio para elucidar antiga controvérsia. Reconhece a legitimidade do cônjuge ou companheiro de titular da empresa para ajuizar ação de apuração de haveres ou dissolução parcial da sociedade para fins de partilha de bens.[26]

Quem não é sócio não recebe **cotas sociais**, mas o correspondente à sua **valorização**, montante a ser apurado à data da separação de fato. No entanto, se a sociedade foi constituída antes do início do período de convivência, e a valorização das cotas for decorrência de mero fenômeno econômico, e não do esforço comum dos companheiros, esta não se comunica.[27]

---

25. Recurso especial. Divórcio. Partilha. Cotas sociais. Empresa. Atividades encerradas. Separação de fato. Administração exclusiva. Juros. Correção monetária. Cabimento. Perdas e danos. [...] 2. Na forma do artigo 389 do Código Civil de 2002, incidem juros e correção monetária sobre a avaliação do conteúdo econômico de cotas sociais de empresa objeto de partilha em divórcio que, após a separação do então casal, sob a administração exclusiva de um dos ex-cônjuges, encerrou suas atividades comerciais. 3. Recurso especial não provido. (STJ – REsp 1.689.220/RS (2017/0109438-1), 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19/05/2020).

26. JCJF – Enunciado 93: O cônjuge ou companheiro de titular de EIRELI é legitimado para ajuizar ação de apuração de haveres, para fins de partilha de bens, na forma do art. 600, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

27. Agravo em recurso especial. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a valorização patrimonial das cotas sociais adquiridas antes do casamento ou da união estável não deve integrar o patrimônio comum a ser partilhado, por ser decorrência de um fenômeno econômico que dispensa a comunhão de esforços do casal. (STJ – AREsp 1.665.712/SP (2020/0037789-9) (Dec. monocrática), Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 24/08/2020).

O STJ reconhece a comunicabilidade das **cotas de escritório de advocacia** constituído durante o casamento, sob o fundamento de que a participação societária tem valor econômico, e não pode ser equiparada a proventos e salário pelo trabalho pessoal do advogado.[28]

29.9. OUTROS BENS E DIREITOS

Os **presentes** dados de um cônjuge ao outro, ou entre companheiros, são **doações** (CC 1.659 I). Assim, as **joias** recebidas por um do par. Presenteadas pelo outro, ou por terceiros a somente um deles. Não são passíveis de **devolução** quando do fim do relacionamento Além de se tratar de doação, constituem-se em bens de uso pessoal, logo, não incomunicáveis.[29]

Quanto ao crédito decorrente de **precatório** (obrigação de ente público decorrente de condenação judicial), sua comunicabilidade diz com o fato gerador de tal verba. Cabe ser partilhado ainda que o pagamento venha a ocorrer depois de findo o vínculo de convivência.[30]

Cabe a partilha da indenização percebida em decorrência da **anistia** política.[31]

---

28. Recurso especial. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável com partilha de bens. Partilha das cotas de sociedade simples (sociedade de advogados). Possibilidade. Reinclusão da partilha dos honorários advocatícios. (STJ – REsp 1.807.787/DF (2019/0096859-5) (Dec. monocrática), Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 04/11/2019).

29. Ação de divórcio e partilha de bens. Joias. Bens de uso pessoal. Bens móveis que guarnecem a residência. Ausência de prova da existência e propriedade. Recurso da requerida conhecido e provido. Recurso do autor conhecido e desprovido. [...] Da análise dos autos, não se verifica demonstração hábil de as joias existiam e estavam na posse de algum dos cônjuges na data da separação de fato. Não bastasse isso, há discussão sobre a natureza jurídica dos referidos bens, porquanto, de acordo com o art. 1659, V, do Código Civil, em um casamento sob o regime da comunhão parcial, os bens de uso pessoal, livros e instrumentos de profissão são excluídos da comunhão parcial. Por isso, se a joia foi um presente, ou algo adquirido pela pessoa, poder-se-ia considerá-la bem de uso pessoal, de caráter personalíssimo, não havendo que se falar em partilha. (TJDF – AC – 0708165-75.2018.8.07.0007, 2ª T. Cív., Rel. Sandra Reves, j. 18/03/2020).

30. Casamento realizado sob o regime de comunhão parcial de bens. Extinção da sociedade conjugal. Verbas de natureza trabalhista, cujo direito foi adquirido na constância do casamento. Comunicabilidade. [...] O Tribunal estadual reconheceu que os valores recebidos por meio de precatório, após o fim da relação conjugal, tiveram origem na constância do matrimônio, de sorte que estavam sujeitos à partilha. Precedentes. (STJ – AgInt nos EDcl no REsp 1.827.570/MT (2019/0208503-3) (Dec. monocrática), 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 24/08/2020).

31. Recurso especial. Família. Regime de bens. Separação. Indenização em decorrência de anistia política. Comunicabilidade. 1. No regime de comunhão universal de bens, regido

São incomunicáveis os **direitos autorais** percebidos da venda de livros, se caracterizando como rendimentos pessoais do trabalho (CC 1.659 VI).[32]

A **indenização** decorrente de **acidente do trabalho** tem caráter personalíssimo, não podendo ser alvo de partilha.

Tratando-se de indenização por **dano moral** para reparação de abalo sofrido pelo casal e não só por um deles, não se caracterizar o aspecto personalíssimo da verba, impõe-se a partilha do crédito.[33]

Quando ocorre a aquisição de bem, **logo após** a separação de fato, com o emprego de recursos acumulados ao longo do período de convívio, impõe-se sua divisão.[34]

---

pelo Código Civil de 1916, admite-se a comunicação do valor da indenização decorrente de anistia política, mesmo que recebida após o término do casamento, desde que o período indenizado corresponda à constância do matrimônio. 2. Deve-se evidenciar que os valores passíveis de divisão, segundo o entendimento jurisprudencial para a hipótese, são aqueles que indenizam o que o perseguido político deixou de receber, em uma expectativa de desenvolvimento normal de sua carreira profissional. 3. A razão da comunicação das verbas recebidas a título de indenização decorrente de anistia, é que são indenizados os valores que deveriam ter sido pagos ao trabalhador, mas que por força da perseguição política, deixaram de ser pagos, fato que onerou todo o grupo familiar, que poderia ter usufruído de melhor qualidade de vida, ou incrementado o patrimônio comum, ou ainda conjugado ambas as circunstâncias. [...] (STJ – REsp 1593111 DF 2016/0097138-0, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27/04/2017).

32. Reconhecimento e dissolução de união estável. Comunhão parcial de bens. Partilha. Lucros oriundos da publicação de livros. Proventos pessoais do trabalho do autor. Incomunicabilidade. [...] 3. Os lucros advindos da venda de livros autorais se caracterizam, no caso em tela, como rendimentos pessoais do trabalho, implicando, nessa hipótese, na exclusão desses rendimentos da partilha, em observância ao regramento disposto pelo artigo 1.659, VI, do Código Civil. [...] 5. Apelação conhecida e parcialmente provida. (TJDF – AC 20160111106899 – 0015351-37.2016.8.07.0016, 8ª T. Cív., Rel. Eustáquio de Castro, j. 07/12/2017).

33. Sobrepartilha de bens. Sonegação de créditos comuns no anterior acordo de partilha em divórcio. Comunicação de indenização por dano moral. [...] Comunicabilidade de indenização por dano moral. Indenização por dano moral que, na peculiaridade, ficou demonstrado que serviu para reparação de abalo sofrido pelo casal e não só pelo apelante. Caso em que não se caracteriza o aspecto personalíssimo da verba, sendo viável a sobrepartilha do crédito. [...] (TJRS – AC 70078155108 RS, 8 C. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 04/04/2019).

34. Ação de divórcio. Casamento celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens. Súmula 377 do STF. Inclusão na partilha de bem imóvel. Manutenção. Prequestionamento. 1) No caso, o matrimônio foi celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens, incidindo o disposto na Súmula nº 377 do STF, integrando o acervo patrimonial os bens adquiridos onerosamente na constância da relação, resultado

Na hipótese de bem adquirido mediante **financiamento habitacional** ou alienação fiduciária, não acontece a **partilha do bem.** Atribui-se exclusivamente direitos e ações sobre o bem, uma vez que a propriedade é do agente financeiro.[35] Quer o bem tenha sido adquirido antes do casamento por um dos cônjuges ou durante a união, é necessário identificar a quantidade de parcelas adimplidas na constância da vida em comum. Cada um faz jus ao valor correspondente à metade da fração do imóvel que foi pago neste período.

Apesar do nome: **procuração em causa própria**, não se trata de procuração, mas de compra e venda com aparência de procuração. É negócio jurídico **irrevogável**. No dizer de Pontes de Miranda, o que se transfere não é o direito de crédito, de propriedade, ou outro direito transferível: é o **poder de transferi-lo**. O procurador em causa própria age em nome próprio. Fica com todo o proveito e o dano da relação jurídica desde o momento em que se deu a procuração em causa própria.[36]

De um modo geral constam poderes para vender e escriturar para si ou para terceiros, dar e receber quitação, independente de prestação de contas. Mas para se reconhecer que ocorreu **compra e venda** e não simples cessão de direito, é necessário que estejam presentes os elementos constitutivos do negócio jurídico: ***res, pretium e consensus.***

Por exemplo, caso não conste o preço, é de se reconhecer que não houve a transferência da propriedade do bem, devendo o mesmo ser partilhado.[37]

---

do emprego de esforço em comum. Constitui bem comum o imóvel adquirido logo depois da separação fática com o emprego de recursos acumulados ao longo da vida conjugal, que perdurou 38 anos. Manutenção da partilha determinada na origem. Apelação desprovida. (TJRS – AC 70056955396, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 27/02/2014).

35. [...] Divórcio. Partilha. Imóvel. Financiamento. Alienação fiduciária em garantia. Direitos e obrigações. 1. O imóvel alienado fiduciariamente em garantia de mútuo não integra a partilha de bens do casal, tendo em vista a transferência da propriedade resolúvel ao agente fiduciário, mas é viável a partilha dos direitos e obrigações decorrentes daquele negócio jurídico. 2. Tratando-se de imóvel alienado fiduciariamente, partilham-se as obrigações, correspondentes à dívida do financiamento, e os direitos, correspondentes à parte do preço paga na constância do casamento, equivalente à fração da propriedade resolvida em favor dos devedores fiduciantes. (TJMG – AC 10024141027276003, Rel. Oliveira Firmo, j. 26/11/2019).

36. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado. Tomo XLIII, 157.

37. Divórcio. Partilha. Procuração por instrumento público. Procuração em causa própria (*in rem suam*). 1. Fração de imóvel e quinhão hereditário. A sentença determinou a partilha, tendo o apelante alegado que são bens que não pertencem ao casal porque por procuração pública outorgada ainda na constância do

29.10. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: DISREGARD

O Código Civil prevê expressamente a teoria da **desconsideração da pessoa jurídica** (CC 50). O Código de Processo Civil dedica um capítulo ao procedimento, que deve ser suscitado incidentalmente (CPC 133 a 137).

Consiste na possibilidade de ignorar a **personalidade jurídica** para alcançar a **pessoa física do sócio**, sempre que for reconhecido abuso da personificação jurídica por desvio de finalidade ou confusão patrimonial. A tentativa é de coibir indevida vantagem patrimonial do consorte empresário em detrimento do outro, por ocasião da dissolução da entidade familiar. Não raro, pressentindo o cônjuge ou companheiro a falência do relacionamento, aproveita-se para registrar bens móveis e imóveis em nome de empresa da qual participa. À sombra do véu da pessoa jurídica, o sócio infortuna o patrimônio conjugal, ou resiste às obrigações alimentares.[38]

Por vezes, ocorre até a **retirada fictícia** do sócio da sociedade. Ele, em conluio com terceiro, vende sua parte na empresa, a fim de afastar da partilha as cotas sociais ou o patrimônio do casal que havia sido revertido ao ente societário. Também a **dissolução da sociedade**, com o mesmo fim de esconder patrimônio partilhável, configura abuso da personalidade jurídica.[39] Ainda que a alteração contratual – idealizada para privar o cônjuge ou convivente do exercício de seus direitos sobre os bens comunicáveis – seja

---

casamento o casal vendeu o bem a terceiro, que está na posse e fruição da área de terras. [...] No caso, não há, inserida na procuração pública, todos os elementos da compra e venda (coisa, preço, consenso), faltando a menção ao preço, tampouco veio aos autos outro documento que contenha pacto específico de promessa de compra e venda, acordo de transmissão ou contrato real. Como consequência, o bem permanece no patrimônio do casal litigante, sendo, assim, suscetível de partilha. [...] (TJRS – AC 70076233022, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 12/04/2018).

38. Jones Figueirêdo Alves, Abuso de direito no Direito de Família, 488.

39. Recurso especial. Desconsideração da personalidade jurídica. Requisitos ausentes. Dissolução irregular e ausência de bens penhoráveis. Insuficiência. 1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que a existência de indícios de encerramento irregular da sociedade aliada à falta de bens capazes de satisfazer o crédito exequendo não constituem motivos suficientes para a desconsideração da personalidade jurídica, eis que se trata de medida excepcional e está subordinada à efetiva comprovação do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ – AgInt-REsp 1.859.165/AM (2020/0017442-5), 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 29/06/2020).

perfeita quanto ao seu fundo e à sua forma, mesmo assim o ato é **ineficaz** com respeito ao consorte lesado (CPC 137).

A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, instituída pela Medida Provisória 881/2019, alterou o art. 50 do Código Civil, provocando nefastas sequelas no Direito das Famílias. A necessidade da **prova do dolo para** a configuração do desvio, restringe, em muito, sua aplicação. Como diz Flávio Tartuce, há um claro retrocesso nessa inclusão, uma vez que a Emenda do Divórcio (EC 66/2010) consolidou a tendência de abrandamento e até eliminação de elementos subjetivos, caso da culpa nas demandas de família. Além disso, há uma dificuldade maior em se construir a prova a respeito do elemento doloso, notadamente por parte de cônjuges ou companheiros que não conhecem a *engrenagem empresarial* da pessoa jurídica que pretende desconsiderar, pois nunca a administraram. Em face da dificuldade probatória, sugere até a aplicação da **carga dinâmica da prova** (CPC 373 § 1.º).[40]

É denominada de **desconsideração inversa ou invertida** a busca de bens que estão em nome da própria empresa, quando esta se tornou mera extensão física do sócio, o qual pouco, ou quase nada, tem em seu nome.[41] A modalidade inversa passou a ser utilizado no Direito das Famílias, quando demonstrado que a pessoa jurídica é utilizada para fraudar ou esconder bens na partilha conjugal ou ocultar fontes de rendimentos do alimentante de modo a fixar baixos valores de pensão, ou fraudar sua execução.[42]

Também é possível investir junto ao ente societário quando o sócio percebe **pró-labore** que não condiz com o padrão de vida que ostenta. A sociedade detém patrimônio próprio, indiferente às dívidas particulares de seus sócios: tem nome, administração, domicílio e capacidade em razão de seu objeto. O meio ilícito usado em detrimento dos legítimos direitos de partição patrimonial é que compromete sua higidez.[43]

Dispõe de natureza declaratória a ação de reconhecimento da ineficácia da transação realizada para fraudar a meação. Trata-se de **direito**

40. Flávio Tarcuce, A desconsideração da personalidade jurídica... (http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos).
41. Wilson Medeiros Pereira, Aplicabilidade da teoria da desconsideração invertida, 37.
42. Rodrigo da Cunha Pereira, Dicionário de Direito de Família e Sucessões, 218.
43. Rolf Madaleno, A *disregard* e a sua efetivação no juízo de família, 169.

potestativo que pode ser reivindicado a qualquer tempo.[44] E é possível sua aplicação inclusive na fase de execução.[45]

Verificando o juiz o engodo engendrado, é possível declarar, **na própria sentença** que decreta o divórcio, a **ineficácia** do ato fraudulento praticado sob a veste da pessoa jurídica. Por meio da aplicação episódica da *disregard* não é anulada nem descartada a personalidade jurídica. Somente é desconsiderada ■ eficácia do ato fraudulento perpetrado em nome da pessoa jurídica, no caso concreto, com o objetivo de favorecer a pessoa de um sócio, em detrimento do terceiro. Sem discutir a sua validade, o juiz, pura e simplesmente, ignora o ato fraudulento executado em comando contrário à lei, mas mantêm intocados todos aqueles outros atos e negócios societários não manchados pela fraude ou pelo abuso de direito.[46]

O pedido de desconsideração pode ser requerido na **petição inicial** (CPC 134 § 2.º) ou mediante a instauração de **procedimento incidente** (CPC 133). Em ambas as hipóteses deve ser citada a pessoa jurídica.[47]

---

44. Recurso especial. Ação declaratória de ineficácia ■ desconsideração inversa da personalidade jurídica c/c partilha de bens. Transmissão fraudulenta de quotas sociais por ex-companheiro. Tentativa de sonegar bens da meação. Pedido de desconsideração inversa da personalidade jurídica das empresas. Possibilidade. [...] A jurisprudência desta Corte admite a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica toda vez que um dos cônjuges ou companheiros se utilizar da sociedade empresária que detém controle, ou de interposta pessoa física, com a intenção de retirar do outro consorte ou companheiro direitos provenientes da relação conjugal. [...]Correspondendo a direito potestativo, sujeito a prazo decadencial, para cujo exercício ■ lei não previu prazo especial, prevalece a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não uso. Assim, à míngua de previsão legal, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer tempo. [...] (STJ – AgInt no AREsp 1.243.409/PR (2018/0025511-7), 4ª T, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08/06/2020).

45. CNJ – Enunciado 60: É cabível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, inclusive na fase de execução.

46. Rolf Madaleno, A *disregard* e ■ sua efetivação no juízo de família, 163.

47. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Redirecionamento da execução contra os sócios da executada ■ desconsideração inversa da personalidade jurídica. Bloqueio de valores e demais atos de execução. Ausência de citação. Nulidade por cerceamento de defesa. A instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica consiste em etapa prévia à inclusão da pessoa física dos sócios no polo passivo da execução. Ainda que o Juízo, no exercício do poder geral de cautela, possa realizar previamente o BACEN JUD, a fim de evitar que a medida seja frustrada pela ciência antecipada e consequente esvaziamento das contas bancárias pelos sócios, imprescindível que se instaure, em algum momento, o contraditório. Provido em parte, para anular todos os atos praticados na execução a partir da

O **bloqueio de ativos financeiros** da pessoa jurídica, diante dos fortes indícios de transferência fraudulenta de bens do sócio para a empresa de que ele é sócio, pode ser determinada de ofício. Providência que se alberga dentro do poder geral de cautela (CPC 297).

Também a aquisição de bem imóvel na constância do casamento ou da união estável em nome de outra pessoa – o popular "laranja" – configura tentativa de esconder patrimônio, a justificar o reconhecimento da **ineficácia** do negócio frente ao cônjuge ou companheiro lesado.

29.11. EDIFICAÇÃO EM IMÓVEL DE TERCEIROS

Situação bastante recorrente é quando o casal constrói sua residência em imóvel de terceiros. Normalmente os pais de um deles. Movidos pelo desejo de ajudar o jovem casal, permitem que eles construam o lar em seu terreno. Claro que, por ocasião da separação, o filho do dono é quem permanece na posse do imóvel, buscando o outro ressarcimento do valor do bem.

Apesar de a construção constituir uma **acessão** (CC 1.255), comprovado que houve esforço comum do par na edificação da residência em terreno de terceiro, é de ser reconhecida a comunicabilidade da benfeitoria, correspondente ao valor do bem e não exclusivamente dos valores pagos na construção.[48]

Como não é possível a divisão do bem, para evitar o enriquecimento sem causa do titular do domínio, cabível pretensão **indenizatória** contra o mesmo, a ser formulada em ação própria.[49]

---

inclusão dos sócios no BNDT, determinando o regular processamento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, com a citação dos sócios na forma do art. 135 do CPC/2015. (TRT-4 – AP 00217831620175040002, Rel. Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo, j. 21/09/2020).

48. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c partilha de bens. Imóvel construído em terreno de terceiro. Edificação erigida mediante esforço comum. Comprovação. Possibilidade de partilha dos direitos. Indenização que deverá ser apurada em fase de cumprimento de sentença. Recurso parcialmente provido. Reconhecida a união estável e tendo as partes construído o imóvel em terreno de propriedade alheia, não é possível determinar a partilha do bem em si, mas apenas dos direitos que recaem sobre ele, já que foi incorporado por acessão ao bem do terceiro. (TJSP – AC 1013850-02.2017.8.26.0005, 3ª C. Dir. Priv., Rel. Maria do Carmo Honorio, j. 26/08/2020).

49. A jurisprudência do STJ vem reconhecendo que, em havendo alguma forma de expressão econômica, de bem ou de direito, do patrimônio comum do casal, deve ser

O uso do bem configura **comodato**, autorizando o titular do imóvel a promover ação possessória. O usuário dispõe do direito de **indenização** contra o titular do domínio, a ser buscado em sede de contestação ou reconvenção. Possível exercer o **direito de retenção** até o pagamento das benfeitorias. Ainda que essa solução não pareça justa, não há como obrigar o ex, que não é o proprietário do bem, a proceder ao pagamento do valor agregado a bem que não lhe pertence.

Caso a construção superar em muito o valor do terreno, ocorre o que se chama de **acessão invertida** (CC 1.255 parágrafo único). Como o acessório tem mais valia do que o bem, possível atribuir a propriedade a quem edificou, mediante o pagamento de indenização ao dono do terreno, a ser fixada judicialmente. A pretensão pode ser buscada em sede de **sobrepartilha**. Também é possível o uso de ação própria no **juízo cível** e não no âmbito das varas de família.

29.12. PROMESSA DE DOAÇÃO

De forma bastante frequente, por ocasião da dissolução do casamento ou da união estável, o casal convenciona a doação de bens a um deles ou aos filhos. Claro que não se trata de singela promessa de doação, de mero ato de liberalidade gratuito. É a forma encontrada para compensar a partilha. A recusa em adimplir o prometido é postura que afronta a ética e enseja o enriquecimento injustificado.

Havendo **homologação judicial** da manifestação de vontade, ou mesmo que tenha sido o acordo levado a efeito por **escritura pública** ou por meio de **escrito particular** referendada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal, a

realizada a sua meação, permitindo que ambos usufruam da referida renda, sem que ocorra o enriquecimento sem causa e o sacrifício patrimonial de apenas um deles. 4. É possível a partilha dos direitos decorrentes da edificação da casa de alvenaria, que nada mais é do que patrimônio construído com a participação de ambos, cabendo ao magistrado, na situação em concreto, avaliar a melhor forma da efetivação desta divisão. 5. Em regra, não poderá haver a partilha do imóvel propriamente dito, não se constando direito real sobre o bem, pois a construção incorpora-se ao terreno, passando a pertencer ao proprietário do imóvel (CC, art. 1.255), cabendo aos ex-companheiros, em ação própria, a pretensão indenizatória correspondente, evitando-se o enriquecimento sem causa do titular do domínio. (STJ – AgInt no AREsp 1.692.536/ES (2020/0091367-5) (Dec. monocrática), Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 01/09/2020).

promessa é válida. São **títulos executivos extrajudiciais** (CPC 784 IV) a ensejar a **execução de obrigação de fazer** (CPC 814 a 821).[50] Também há a possibilidade de tal avença ser feita na **escritura do divórcio** (CPC 733). Constando do termo de acordo a descrição do bem, a própria transação pode ser levada a **registro**, sendo desnecessário lavrar escritura ou propor execução de obrigação de fazer.

Como não se trata de mero **ato de liberalidade**, o próprio beneficiário pode buscar seu adimplemento. Em se tratando de promessa de doação em favor de **filho menor**, cabível invocar o art. 213 do ECA.

29.13. USUCAPIÃO FAMILIAR

O Código Civil admite a **aquisição da propriedade** decorrente do rompimento de uma relação de convívio (CC 1.240-A): a usucapião familiar. Também chamada de usucapião conjugal ou usucapião pró-família.

Finda a união por ter um do par abandonado o lar, quem permanece na posse do imóvel comum, por mais de dois anos, passa a ser o dono exclusivo. Mas há restrições: o imóvel não pode ter mais de 250 m^2; tem que pertencer ao casal e não ser de propriedade exclusiva de quem abandonou o lar. O possuidor tem que permanecer lá residindo e não pode ter outro imóvel urbano ou rural.

O propósito é assegurar o **uso social da propriedade**, protegendo o **direito constitucional à moradia** (CF 6.º). Dispõe de nítido caráter protetivo à **mulher** pobre, beneficiária do Programa Minha Casa Minha Vida. Normalmente, é ela quem fica na residência do casal, com os filhos. Claro que também pune quem abandona o lar.

---

50. Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Embargos de terceiros. Penhora sobre imóvel. Ausência de registro do contrato de promessa de compra e venda. Irrelevância. [...] 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a promessa de doação de imóvel a filho, decorrente de acordo judicial celebrado por ocasião de divórcio, é válida e possui eficácia de escritura pública. O que afasta, portanto, a configuração de fraude contra credores em razão da falta de registro da sentença homologatória da futura doação, realizada antes do ajuizamento da execução. 2. A questão controvertida foi decidida nos estritos limites do quadro fático delineado pelo acórdão recorrido, sendo prescindível o reexame de provas. 3. Para que haja o prequestionamento é necessário que as instâncias ordinárias examinem a questão controvertida, não sendo imperiosa a menção expressa do artigo debatido.[...] 5. Agravo interno desprovido. (STJ – AgInt-EDcl-REsp 1.580.631/SP (2016/0033131-0), Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, p. 26/05/2020).

O instituto abrange e protege todas as entidades familiares baseadas na conjugalidade. Quer as pessoas sejam casadas, quer vivam em união estável. Não há distinção, caso se trate de **família homoafetiva**.

Essas situações, mais do que recorrentes, ensejam a perda da propriedade, não a favor da prole, mas do ex-cônjuge ou ex-companheiro. Dá ensejo à perda da propriedade, não exclusivamente o abandono físico, mas também o **abandono material** da família.

É sabido que, por ocasião do fim de um relacionamento afetivo, havendo disputa sobre o imóvel residencial, a solução é um afastar-se. Lá permanece o outro, geralmente aquele que fica com os filhos em sua companhia. Essa, muitas vezes, é a única saída, até porque vender o bem e repartir o dinheiro nem sempre permite a aquisição de dois imóveis. Ao menos assim os filhos não ficam sem teto e a concessão da posse adquire a feição de alimentos *in natura*.

A inserção desta nova figura acabou por ressuscitar a identificação da causa pelo fim do relacionamento, sepultada, em boa hora, pela EC 66/2010. Reinserir a discussão da culpa, dando relevo ao abandono do lar conjugal, sobretudo "punindo" aquele que sai e "premiando" o que fica, pode redundar em grave injustiça, e reforçar a arraigada ideia de que aquele que sai perde todos os seus direitos.[51]

O prazo para o reconhecimento do direito conta-se a partir da posse exclusiva. Deve ser implementado antes do ajuizamento da ação, mas é admitido quando se exaure no curso da ação (CPC 493).[52]

Para impedir a perda da propriedade é necessário perquirir a causa do afastamento da morada comum. Surgem dúvidas de natureza processual. A quem cabe comprovar a causa do afastamento? De quem é o ônus da prova? O pedido precisa ser formulado em ação própria ou pode ser na ação de partilha?

Por fim, qual a solução para evitar a penalidade?

Por cautela podem cônjuges e companheiros firmar um documento reconhecendo não ter havido abandono do lar. O pedido de separação de corpos para o retirante se afastado do lar não basta. Pode mascarar o

51. Mônica Guazzelli, Usucapião por abandono do lar conjugal:..., 107.

52. Recurso especial. É plenamente possível o reconhecimento da usucapião quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso do processo, por força do art. 462 do CPC, que privilegia o estado atual em que se encontram as coisas, evitando-se provimento judicial de procedência quando já pereceu o direito do autor ou de improcedência quando o direito pleiteado na inicial, delineado pela causa *petendi* narrada, é reforçado por fatos supervenientes. (STJ – REsp 1.315.196/MS – (2012/0011829-0) (Dec. monocrática), Rel. Min. Raul Araújo, j. 05/05/2019).

abandono, mas a solução mais segura é que aquele que se retirou do lar proceda à partilha de bens antes do decurso do prazo de dois anos.

29.14. ASPECTOS PROCESSUAIS

Havendo consenso quanto a partilha de bens e inexistindo nascituro ou filhos incapazes, possível que a dissolução do casamento ocorra **extrajudicialmente** por escritura pública (CPC 733).

No caso de as partes não chegarem a um acordo sobre o destino do acervo comum, tal não obstaculiza o decreto do **divórcio**. Mas manter os bens em estado condominial significa ausência de divisão, certamente fonte de desentendimentos futuros.

No divórcio e na dissolução da união estável – quer judicial, quer extrajudicial – é recomendável que as partes arrolem os bens, ainda que não façam a partilha.

Independentemente da existência de prole, a **partilha dos bens** pode ser formalizada por **documento particular**, ainda que existam bens imóveis. Tem validade entre as partes, mas não afetam direitos de **terceiros**.

Na **ação litigiosa** de divórcio ou de dissolução de união estável deve o autor, na **inicial**, formular o pedido de partilha, indicando os bens comuns e, preferencialmente, já apresentando o **esboço da partilha**. Na **contestação**, deve o réu manifestar-se sobre os bens e sua divisão. Mesmo discordando com relação aos bens arrolados na inicial, não há a necessidade de **reconvenção**, caso pretenda a inserção de outros bens. Trata-se de **ação de natureza dúplice.**[53] Requerida a partilha de bens, não deve esta ser postergada para fase de **liquidação**, sob pena de afrontar o princípio à duração razoável do processo.

No entanto, quer nas ações amigáveis, quer nas litigiosas, vem se generalizando a prática de relegar tanto a identificação do patrimônio comum, como a sua partilha, para depois. A tendência é nociva. A necessidade da propositura de **liquidação de sentença** acaba perpetuando o litígio, sendo fonte de sérias desavenças e causam tumulto processual. A liquidação é feita por meio de nova demanda, desdobramento por demais desgastante, oneroso e tormentoso. Todavia, na maioria das vezes, é isso que ocorre.

53. Recurso Especial [...] 2- As ações de partilha têm caráter dúplice, podendo ser recepcionados pedidos deduzidos na petição inicial e também na contestação, independente do ajuizamento de reconvenção. [...] (STJ – REsp 1.600.266/MT (2016/0100915-6) (Dec. monocrática), Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 20/08/2020).

29.14.1. Ação de partilha

De modo expresso é admitida a decretação do divórcio sem a partilha dos bens (CC 1.581 e CPC 731 parágrafo único). Como a união estável se dissolve com o fim da convivência sem a intervenção judicial, não há como impor a divisão do patrimônio.

Existindo nascituro ou filhos incapazes, o divórcio precisa ser judicial. Quanto à união estável, descabida a exigência da intervenção judicial (CPC 733).

Existindo filhos incapazes, o divórcio precisa ser levado a efeito judicialmente. No entanto, não é necessário que se proceda à partilha de bens. A divisão do patrimônio pode ocorrer em momento posterior, extrajudicialmente.

A ação de partilha serve para identificar e extremar os bens de cada um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros. Como o acervo patrimonial pertence a ambos, não há transferência patrimonial. Assim, não incidência de **imposto de transmissão**. Cada um recebe a metade que lhe pertence.

Quando a divisão dos bens não é igualitária, e um fica com bens de maior valor do que o outro, a diferença configura uma **doação**. Ou seja, quem ficar com patrimônio maior, significa que este excesso lhe foi doado. E sobre esta diferença incide o **Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doações** (ITCMD), chamado de **imposto de reposição.**[54]

Se existirem bens comuns, mesmo depois de dissolvido o vínculo afetivo – casamento ou união estável – pode ser feita **extrajudicialmente**, mesmo. Até por contrato particular.

Havendo bens imóveis, para valer perante terceiros, a partilha precisa ser levada ao **registro imobiliário** para averbação.

Não havendo consenso, qualquer um do par tem legitimidade para propor a ação de partilha, que segue o rito do **inventário** e do **arrolamento** (CPC 647 a 667). Como esses procedimentos não comportam questões de alta indagação, usualmente se relega a identificação do patrimônio para a fase de **liquidação de sentença**. Existindo divergências em torno da natureza, qualidade e quantidade dos bens, abre-se a fase de **liquidação pelo procedimento comum** (CPC 511).

Questão controvertida diz com a **competência**.

54. STF – Súmula 116: Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados.

Não haveria qualquer óbice à propositura da ação de partilha nos **mesmos autos** da ação de divórcio, medida que atende ao princípio da economia processual. Mas resistem alguns juízes em facilitar a vida das partes, invocando, equivocadamente, a regra que veda reapreciar a mesma ação (CPC 494). Não há dito empecilho. Extinto o processo, podem ser formuladas pretensões outras de caráter instrumental para a ultimação da controvérsia, tal como ocorre no **cumprimento da sentença**.

Tramitar a ação de partilha perante o juízo que dissolveu a entidade familiar tem a vantagem da especialização do juízo às questões afetas às relações familiares.[55]

29.14.2. Tutela provisória

Quando bens comuns então na posse e administração de somente um dos seus titulares, se a divisão precisa ir a juízo, significa que inexiste consenso, e muito menos confiança entre as partes. No mais das vezes, não resta um ambiente propício para o diálogo. O acúmulo de mágoas e ressentimentos faz surgir, muito frequentemente, o risco de dilapidação patrimonial por quem fica com a posse dos bens comuns.

A alegação da possibilidade de ocorrência de fraude matrimonial autoriza o pedido de **tutela de urgência** (CPC 300) de natureza cautelar como **arrolamento e indisponibilidade de bens**. O arrolamento não transfere a posse nem atribui a propriedade. Pode permanecer nas mãos de quem os detém, o qual assume a condição de **fiel depositário**. Há a possibilidade de haver a nomeação de um **administrador judicial**, principalmente quando existem empresas a serem partilhadas. Com a separação, cessa o estado de comunhão e os bens passam ao estado de condomínio. Assim é possível, em sede de antecipação de tutela, a determinação de pagamento, a título de indenização, da metade da renda do aluguel presumido.[56]

55. Conflito negativo de competência. Partilha de bens posterior ao divórcio. Competência do juízo que decretou o divórcio. Conflito de competência conhecido e provido. A jurisprudência dos Tribunais Pátrios é no sentido de que a ação de partilha deve ser julgada pelo Juízo que decretou o divórcio, uma vez que a partilha de bens do ex-casal é consequência da dissolução do vínculo matrimonial. (TJAM – CC 4000405-19.2019.8.04.0000, C. Reunidas, Rel. Flávio Humberto Pascarelli Lopes, j. 11/03/2020).

56. Arrolamento de bens. Recebimento de metade dos alugueres das casas construídas nos imóveis comuns. Tutela de urgência parcialmente concedida. Irresignação. *Decisum* mantido. "Havendo separação ou divórcio e sendo possível a identificação inequívoca dos bens e do quinhão de cada ex-cônjuge antes da partilha, cessa o es-

É possível solicitar cópia da **movimentação bancária** e das declarações de **imposto de renda** (CPC 301). As **atividades empresariais** podem ser investigadas através da exibição da **escrituração contábil**, já que todo o empresário e as sociedades são obrigados a manter sistema de contabilidade (CC 1.179), que goza de **presunção de veracidade** (CC 226). Apesar da garantia do direito à inviolabilidade (CC 1.190), o juiz pode autorizar a exibição integral dos livros e papéis da escrituração para resolver questões relativas à sucessão, comunhão ou sociedade (CC 1.191 e CPC 421). Súmula do STF admite a exibição como medida cautelar.[57] Apresentação de escrituração exigida, o juiz pode ordenar sua apresentação judicial. A recusa implica em **confissão ficta**, ou seja, presume-se como verdadeiro o alegado pela parte contrária. Entretanto, essa confissão pode ser afastada por prova documental.[58]

Ultimada a partilha, indispensável que a **sentença** seja averbada no registro do casamento. Isso porque, antes da partilha, se um dos divorciados resolver casar, é obrigatório o **regime da separação legal de bens** (CC 1.641 I e 1.523 III).

29.14.3. Ação de anulação da partilha

Depois de realizada a partilha litigiosa ou consensual, muitas vezes o cônjuge que não conhecia os negócios da família – normalmente a mulher –, descobre que a divisão lhe gerou lesão **enorme**. Sob a alegação de desconhecimento da extensão do patrimônio que abriu mão, afirma ter havido indução em **erro**, um dos vícios que autoriza a anulação dos negócios jurídicos (CC 2.027 e CPC 657). Como ela é maior e capaz, é difícil comprovar a ocorrência de **vício de consentimento**.[59]

---

tado de mancomunhão existente enquanto perdura o casamento, passando os bens ao estado de condomínio" (REsp 1375271/SP). Permitido, pois, um dos ex-cônjuges exigir do outro, a título de indenização, a parcela correspondente à metade da renda de um aluguel presumido, se houver a posse, uso e fruição exclusiva do imóvel por um deles. Recurso desprovido. (TJSP – AI 2259341-12.2018.8.26.0000, 2ª C. Dir. Priv., Rel. José Carlos Ferreira Alves, j. 11/06/2019).

57. STJ – Súmula 390: A exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva.

58. Luciano Souto Dias e Izabela Boyher Nunes, Medidas processuais para combater a fraude..., 70.

59. Anulatória de ato jurídico. Partilha avençada nos autos de ação de divórcio. Validade e eficácia. Vontade livre e consciente das partes, sem qualquer indício de mácula ou vício de consentimento. Desproporção da partilha com excessivo prejuízo do autor não veri-

Quando um descobre não ter sido partilhado todo o patrimônio, tal não configura, por si só, **vício de vontade**, a justificar a anulação da partilha. Possível buscar a **sobrepartilha** dos bens que restaram fora da divisão.

Depois de muitas controvérsias em sede jurisprudencial, o STJ pacificou o tema, afirmando que o **prazo decadencial** para a ação de anulação de partilha, em sede de divórcio ou dissolução de união estável, sob a alegação de vício de consentimento, é de **quatro [illegible]** (CC 178),[60] a contar do trânsito em julgado da sentença homologatória.

Enunciado das Jornadas do Conselho da Justiça Federal, que aponta o prazo de um ano, não dispõe de efeito vinculante.[61]

LEITURA COMPLEMENTAR

FARIAS, Cristiano Chaves de. A *disregard doctrine* a serviço da proteção do patrimônio familiar e sucessório. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM/Magister, n. 09, p. 125-128, abr.-maio 2009.

_________. Radiografia da nova usucapião especial conjugal (por abandono de lar): dissecando a aquisição originária da meação sobre o imóvel comum do casal. *Escritos de Direito e Processo das Famílias: novidades e polêmicas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 119-142.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Temas de Direito e Processo de Família e Sucessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. vol. 1.

---

ficada. Ônus da prova que incumbia à autora (art. 373, I, do CPC). Fragilidade probatória. Incidência do brocardo *Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*. Arrependimento tardio quanto aos termos acordados que não autoriza o reconhecimento da nulidade de convenção já homologada. Improcedência mantida. Recurso desprovido. (TJ-P – AC 1000420-76.2017.8.26.0168, 7ª C. Dir. Priv., Rel. Rômolo Russo, j. 14/05/2019).

60. Agravo interno. [...] 3. É assente perante este Superior Tribunal de Justiça que o prazo ânuo para se pleitear a anulação de partilha, disposto nos artigos 1.029, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, atual 567, parágrafo único; e 2.027, do Código Civil, aplica-se, tão somente, ao âmbito sucessório, de modo que, quando se tratar de anulação de partilha por ocasião de dissolução de união estável, separação judicial ou divórcio, o prazo decadencial aplicável é o previsto no artigo 178, do Código Civil, de 4 (quatro) anos. Precedentes. Súmula nº 83/STJ. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ – AgInt no REsp 1.546.979/SP (2015/0191592-6), 4ªT, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 10/04/2018).

61. JCJF – Enunciado 612: O prazo para exercer o direito de anular a partilha amigável judicial, decorrente de dissolução de sociedade conjugal ou de união estável, extingue-se em 1 (um) ano da data do trânsito em julgado da sentença homologatória, consoante dispõem o art. 2.027, parágrafo único, do Código Civil e art. 657, parágrafo único do Código de Processo Civil.

30

BEM DE FAMÍLIA

Sumário: 30.1. Tentativa conceitual – **30.2.** Mínimo vital – **30.3.** Espécies de impenhorabilidade – **30.4.** Convencional: **30.4.1.** Instituição; **30.4.2.** Extinção – **30.5.** Legal – **30.6.** Beneficiários – **30.7.** Rural – **30.8.** Dívida alimentar – **30.9.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CR 5º XI, XXVI e 6º; CC 1.711 a 1.722; Lei 8.009/1990; CPC 833 a 836; Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos - LRP) 167 I 1, 260 a 265; Lei 13.846/2019.

30.1. TENTATIVA CONCEITUAL

O Estado assegura especial proteção à família (CR 226). O direito à moradia é reconhecido como **direito social** (CR 6.º) e a **casa**, o asilo inviolável do indivíduo (CR 5.º XI). O **direito à moradia** é considerado um dos direitos da personalidade inerente à pessoa humana, quer como pressuposto do direito à integridade física, quer como elemento da estrutura moral da pessoa. A moradia é tutelada como objeto de direito, tratando-se de um direito subjetivo.[1]

Para dar efetividade ao comando constitucional, a lei cria ferramentas eficazes em defesa do lugar em que reside a entidade familiar. Como diz Álvaro Villaça, a violação do lar é a quebra da última proteção humana; o aniquilamento de uma família é a incineração do próprio amor: amor da casa, amor da rua, amor de um semelhante por outro; em uma palavra: amor.[2]

Daí a instituição do bem de família, que gera a **impenhorabilidade** de bem determinado e se transforma em verdadeiro patrimônio, num sentido

1. Sérgio Iglesias Nunes de Souza, Direito à moradia e de habitação:..., 157.
2. Álvaro Villaça Azevedo, Do bem de família, 242.

protetivo do núcleo familiar.[3] É possível dizer que se trata de uma qualidade que se agrega a um **bem imóvel e seus móveis**, imunizando-os em relação a credores, como forma de proteger a família que nele reside.

Apesar de a Constituição assegurar especial proteção à família, sua maior responsabilidade é com o cidadão. O enfoque central do ordenamento jurídico é o **ser humano**. Apesar de a expressão "bem de família" dar a entender que o instituto se destina à proteção da entidade familiar, passou a Justiça a reconhecer que é um instrumento de proteção à **pessoa** do devedor, quer ele more só, quer tenha ou não uma família.

Fere o princípio da igualdade deixar à margem da lei – e, por consequência, ao relento – o indivíduo que, por contingência ou opção, não constitui uma família. O atual conceito de **entidade familiar** é amplíssimo, abrigando estruturas de convívio das mais diversas. Em grande parte, por obra da jurisprudência, que percebeu a transformação da própria família, cujos horizontes foram alargados. Só o nome não mudou.

Talvez fosse melhor falar em **bem de moradia**, pois este é o objetivo do instituto: garantir ao indivíduo um teto onde morar. E soa no mínimo estranho considerar que uma pessoa é uma família exclusivamente para o reconhecimento de fazer jus ao bem de família. O fato é que ninguém tem o direito de "jogar quem quer que seja na rua" para satisfazer um crédito. Por isso o imóvel residencial é considerado impenhorável.[4]

30.2. MÍNIMO VITAL

Os novos valores a serem protegidos pelo bem de família podem ser resumidos na noção de mínimo vital, que visa preservar as bases de dignidade do devedor para que possa recomeçar a vida, mantendo íntegra a sua personalidade.[5] O princípio da dignidade humana leva o Estado a garantir o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.[6] A tendência é encontrar instrumentos hábeis que preservem o devedor e que, ao mesmo tempo, não frustrem a garantia do credor.[7] O princípio do mínimo vital –

---

3. Idem, 254.
4. César Fiúza, Diretrizes hermenêuticas do Direito de Família, 233.
5. Ana Marta C. de B. Zilveti, Novas tendências do bem de família, 256.
6. Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 71.
7. Bem de família. Penhora. Possibilidade. Reserva de parte do valor para que o devedor adquira outro imóvel. Dignidade da pessoa humana. (TJSP – AC 1094244-02.2017.8.26.0100, Rel. Des. Castro Figliolia, j. 02/09/2020).

ou **patrimônio mínimo**, como prefere Luiz Edson Fachin – é valor, e não metrificação, conceito aberto, cuja presença não viola a ideia de sistema jurídico axiológico. Mínimo não é menos, nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo.[8] É um direito **instrumental**, um direito **complementar**, sobretudo, de garantir a dignidade do devedor de boa-fé que lutou sua vida inteira para adquirir patrimônio suficiente ao se amparo e ao de sua família.[9] Todo cidadão tem o direito fundamental à própria vida e, para isso, necessita de um mínimo para garantir sua subsistência.

O **direito real de habitação** assegurado ao cônjuge e ao companheiro sobrevivente, apesar de dispor da mesma natureza protetiva, não se confunde com a noção de mínimo vital nem pode ser reconhecido como bem de família.

30.3. ESPÉCIES DE IMPENHORABILIDADE

Existem duas modalidades de bem de família:

- **voluntário** – decorrente da vontade do proprietário ou de terceiro, sendo necessário o atendimento a uma série de requisitos; e
- **legal** – não depende da manifestação do instituidor e não está condicionado a qualquer formalidade. A lei torna impenhorável o simples fato de o devedor residir em um imóvel.

A **Constituição** instituiu o **bem de família rural**, visando a proteger a pequena propriedade rural (CR 5.º XXVI).

O **Código Civil** injustificadamente regula somente a **constituição voluntária** de um bem como de família (CC 1.711 a 1.722). Autoriza cônjuges, companheiros e até terceiros a destinarem um imóvel (e os móveis que o guarnecem e até as rendas para sua manutenção) para servir de moradia a uma entidade familiar, ficando esses bens isentos de execução por dívidas. É o que se chama de **bem de família voluntário**. A possibilidade da instituição de bem de família por terceiro não recebe muita atenção da doutrina, porque a utilização dessa liberalidade é pouco efetiva, devido à condição socioeconômica da maior parte dos brasileiros, ficando seu uso restrito às pessoas de maior posse.[10]

---

8. Luiz Edson Fachin, Estatuto jurídico do patrimônio mínimo, 301.
9. Ana Marta C. de B. Zilveti, Novas tendências do bem de família, 262.
10. Claudete Carvalho Canezin, Bem de família, 243.

O **bem de família legal** persiste regulado pela Lei 8.009/1990 e livra da penhora o bem imóvel que serve de residência ao devedor e à sua família, assim como os móveis que o guarnecem (desde que quitados) e todos os equipamentos de uso profissional. O **Código de Processo Civil** arrola bens isentos da constrição judicial (CPC 833). Ainda que o rol seja taxativo, admite certa flexibilização.[11] Não se pode deixar de reconhecer que o elenco de **impenhorabilidades** busca, ainda que de modo um tanto incipiente, atribuir um mínimo de proteção ao devedor e sua família.[12] Mesmo que a indisponibilidade gerada pelo CPC não possa ser chamada de bem de família, ao nominar os bens que ficam livres de penhora, tenta assegurar o indispensável para preservar a dignidade do devedor e seus familiares.

30.4. CONVENCIONAL

Tanto os "cônjuges" quanto a "entidade familiar" possuem legitimidade para instituir bem de família (CC 1.711). Em todos os demais dispositivos legais que regulam o instituto é usada somente a expressão **cônjuge**, parecendo referir exclusivamente ao **casamento**. No entanto, não há como admitir esta limitação, pois a Constituição outorga igual proteção aos cônjuges, aos conviventes da **união estável** e integrantes das **famílias monoparentais**.

Também **outras pessoas** (CC 1.711 parágrafo único) têm a possibilidade de instituir bem de família a favor de terceiros, por meio de **testamento** ou **doação**. É necessária, no entanto, a **expressa aceitação** dos beneficiários. A necessidade da concordância decorre do fato de o bem se destinar ao domicílio familiar. E aquele que recebe um imóvel como bem de família precisa morar nele (CC 1.712 e 1.717).

Instituído como bem de família, o imóvel deixa de responder pelas dívidas do devedor. O bem fica livre de **dívidas futuras**, não das **dívidas pretéritas**. Isso porque a impenhorabilidade não tem **efeito retroativo**

11. Ação de execução. Penhora *on-line*. Alegação de que os valores bloqueados na conta poupança são impenhoráveis. Precedentes do STJ, deste TJSP e desta E. Câmara. De fato, os valores até 40 salários mínimos, são impenhoráveis. Entendimento da Corte Superior de forma mais abrangente, possibilitando a impenhorabilidade até 40 salários mínimos para além da caderneta de poupança, abrangendo investimentos, conta corrente e até o dinheiro em espécie. Inteligência do artigo 833, X, do CPC – Possibilidade de levantamento do valor integral da conta poupança. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP – AI 2228426-14.2017.8.26.0000, 38ª C. Dir. Priv., Rel. Achile Alesina, j. 20/03/2018).

12. Ana Marta C. de B. Zilveti, Novas tendências do bem de família, 164.

(CC 1.715). A medida é salutar para evitar tentativas de fraude. Afinal, as pessoas dispõem de crédito em face do patrimônio de que são titulares. Por exemplo, concedido empréstimo a alguém pelo lastro patrimonial que possui descabido que posterior instituição de bem de família venha a afastar a garantia do credor.

A **administração** do bem de família compete a ambos os **cônjuges**. Mais uma vez a lei intromete o juiz na vida conjugal, atribuindo-lhe o encargo de resolver eventuais divergências (CC 1.720). Apesar do silêncio da lei, os **conviventes** de união estável são coadministradores do bem e também pode o juiz ser convocado a dirimir controvérsias.

Ante a possibilidade de ser instituído bem de família por **testamento,** cabe questionar se tal liberalidade poderia vir em prejuízo dos **credores do testador**. Para evitar o uso desse mecanismo, como forma de driblar o pagamento de dívidas, basta que os credores do espólio habilitem seus créditos no **inventário**. Como os efeitos do testamento fluem a partir da abertura da sucessão, a instituição do bem de família levada a efeito é posterior às dívidas do espólio. Assim, somente após o pagamento das dívidas da herança será possível, se houver sobra de patrimônio, atender à vontade do testador de assegurar moradia a alguém.

Pode ser destinado como bem de família somente **um imóvel** (urbano ou rural); os respectivos bens **móveis** que o guarnecem (pertenças, acessórios e utensílios domésticos); e também **valores mobiliários**, cujo rendimento se destina à conservação do imóvel e ao **sustento da família** (CC 1.712). Essa possibilidade acaba emprestando **caráter alimentar** a tal verba, mas, ainda assim, não se confunde com alimentos.

Apesar da possibilidade de outros bens serem indisponibilizados como bem de família, é necessária a instituição de, ao menos, um bem imóvel. Dos móveis que guarnecem a residência do devedor, são impenhoráveis os que possuem caráter de acessoriedade e não existem de forma autônoma, bem como os bens não essenciais a habitabilidade,[13] como bem de família. Ficam vinculados ao imóvel e não podem exceder o seu valor. Esses valores precisam ser devidamente individualizados e nominados no instrumento de instituição do bem de família (CC 1.713 §§ 1.º e 2.º). A administração pode ser confiada a instituição financeira (CC 1.713 § 3.º), caso em que a responsabilidade dos administradores obedece às regras do contrato de depósito (CC 627 a 652).

13. CNJ – Enunciado 14: Os bens que guarnecem a residência do devedor, desde que não essenciais ■ habitabilidade, são penhoráveis.

30.4.1. Instituição

O bem de família pode ser instituído por **escritura pública** ou **testamento**. Mas há limites: o seu valor não pode ultrapassar **um terço** do patrimônio líquido do instituidor, existente ao tempo da liberalidade. Dito limite acaba permitindo que somente pessoas abastadas possam adotá-lo, pois o acervo patrimonial precisa ser de significativa expressão. Daí o pouco uso do instituto.

O bem de família voluntário não tem o intuito de fraudar credores. Por isso, o ato é cercado de ampla publicidade, para que todos tenham acesso à informação de que alguém pretende colocar um imóvel a salvo da constrição por dívidas. A escritura pública, na qual é declarada a destinação do bem como domicílio da família, deve ser transcrita no **registro imobiliário**. O oficial do registro (LRP 261), após fazer a prenotação (LRP 182), determina a publicação de **edital**, com prazo de 30 dias, para que eventuais prejudicados reclamem (LRP 262). Havendo impugnação, o oficial devolve a escritura ao instituidor, que pode se socorrer do juiz, cuja decisão é irrecorrível (LRP 264 § 3.º).

Algumas imprecisões legais são inadmissíveis. Não há como aceitar a instauração de relação processual sem a **citação** do instituidor, em flagrante ofensa ao princípio do contraditório. Além do mais, a **irrecorribilidade** ofende o princípio do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição.[14] A vedação ao uso da via recursal não encontra qualquer justificativa, até porque o procedimento é instaurado junto à Vara dos Registros Públicos, sendo expressamente admitido o recurso de apelação (LRP 202).

A constituição do bem de família produz **efeito** a partir do registro no cartório imobiliário (CC 1.714 e LRP 167 I 1), publicidade que permite a terceiros terem ciência da indisponibilidade. Quando o bem de família é instituído juntamente com a transmissão da propriedade, a inscrição será feita imediatamente após o registro translativo do domínio (LRP 265).

30.4.2. Extinção

A instituição do bem de família, além de obrigar os beneficiários a residirem no imóvel, provoca a sua **impenhorabilidade** e o torna **inalienável**. No entanto, variadas são as situações em que pode ocorrer sua extinção.

As despesas decorrentes do próprio bem, chamadas de obrigações reais ou *propter rem*, não geram impenhorabilidade (CC 1.715): **crédito**

14. Ana Marta C. de B. Zilveti, Novas tendências do bem de família, 105.

tributário e **despesas de condomínio**. As exceções justificam-se por si. A obrigação de pagar as despesas condominiais é de todos os condôminos, e livrar o bem de família levaria um deles a se locupletar à custa dos outros.[15] Para responder por tais dívidas, o bem pode ser penhorado e alienado.

Eventual **saldo remanescente** permanece como bem de família, devendo ser adquirido outro bem ou títulos da dívida pública para atender ao sustento da família. Talvez seja essa a única hipótese em que o bem de família subsista sem estar atrelado a um imóvel. Solução outra fica a critério do juiz (CC 1.715 parágrafo único).

O bem de família só pode ser **alienado** com a ouvida dos interessados (CC 1.717). A participação do Ministério Público só ocorre se houver interesse de incapaz (CPC 178 II). Vendido o bem, mantém-se a cláusula de impenhorabilidade.[16]

Sendo impossível a **manutenção do imóvel**, cabível é a **extinção** ou a **sub-rogação** em outro (CC 1.719). Desnecessariamente exige a lei que o pedido seja chancelado pelo juiz. A não ser que haja interesse de incapaz, a judicialização é de todo inócua. Descabida a exigência de procedimento judicial. Para que a manifestação judicial não se limite a ato homologatório meramente burocrático, seria necessário que todos fossem ouvidos, providência absolutamente injustificável. Melhor seria admitir simples averbação registral.

Diz a lei que os **efeitos** da instituição do bem de família permanecem enquanto viver um dos cônjuges (CC 1.716). Apesar do cochilo do legislador, também o companheiro sobrevivente faz jus ao mesmo benefício. No caso de **falecimento** de ambos os **cônjuges** ou **conviventes**, havendo filhos incapazes, a impenhorabilidade persiste, passando sua administração ao **filho** mais velho. Injustificável, para não dizer inconstitucional, o privilégio à primogenitura. O que cabe é deferir a administração a um dos filhos maiores de idade. Sendo todos menores, a administração deve passar ao **tutor** (CC 1.720 parágrafo único).

---

15. Álvaro Villaça Azevedo, Do bem de família, 249.

16. Fraude à execução fiscal. Bem de família. Alienação de bem imóvel. Manutenção da cláusula de impenhorabilidade. 1. Mesmo quando o devedor aliena o imóvel que lhe sirva de residência, deve ser mantida a cláusula de impenhorabilidade porque imune aos efeitos da execução; caso reconhecida a invalidade do negócio, o imóvel voltaria à esfera patrimonial do devedor ainda como bem de família. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ – AgInt no REsp 1.719.551/RS (2018/0013420-7), Rel. Min. Og Fernandes, j. 21/05/2019).

A limitação da eficácia do bem de família à menoridade dos filhos do beneficiário não se justifica. O conceito de família não tem mais formatação definida, sendo reconhecida como **família parental** a entidade familiar constituída somente pela prole. O próprio STJ há muito reconhece a impenhorabilidade do imóvel ocupado por irmãos.[17] Não importa a natureza da indisponibilidade, se legal ou convencional: na ausência dos pais, os filhos formam uma família e estão a salvo dos devedores. Assim, apesar do que está posto na lei, o bem de família transmite-se aos filhos. Não há como admitir a revogabilidade da instituição, pois o bem ainda serve a uma família, mesmo que seja constituída de filhos adultos. De qualquer modo, na hipótese de existência de filho sujeito a **curatela**, imprescindível a mantença da impenhorabilidade.

O cônjuge ou o companheiro sobrevivente pode pedir a **extinção** do ônus, em caso de ser o único bem do casal (CC 1.721 parágrafo único). No entanto, havendo filhos menores, essa possibilidade liberatória pode lhes acarretar prejuízos, fato a ser considerado pelo juiz.[18]

Na eventualidade de extinção da benesse instituída por **terceiros**, ainda que nada refira à lei, deve-se reconhecer que retorna ao instituidor a posse plena e a propriedade livre e desembaraçada do bem, assim como suas pertenças e rendas.

30.5. LEGAL

O Código Civil prevê somente o bem de família instituído voluntariamente, remetendo à lei especial a impenhorabilidade do imóvel residencial (CC 1.711). É a Lei 8.009/1990 que cumpre esta função: *dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família*. Trata-se de lei **cogente de ordem pública**, de nítido caráter protecionista e publicista. Garante o mínimo necessário à sobrevivência da família, à luz do direito fundamental à moradia, amplamente prestigiado e consagrado pelo texto constitucional (CR 6.º, 7.º, IV e 23, IX).

O Estado chama para si o dever de proteção que antes era deixado ao arbítrio do chefe de família, a quem incumbia a constituição voluntária do bem de família.[19] Conforme lembra Álvaro Villaça Azevedo, não fica a família à mercê de proteção por seus integrantes, mas é defendida pelo

---

17. STJ, REsp 159.851/SP, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19/03/1998.
18. Álvaro Villaça Azevedo, Do bem de família, 251.
19. Ana Marta C. de B. Zilveti, Novas tendências do bem de família, 256.

próprio Estado.[20] Em face da referência à entidade familiar, é necessário estender o instituto a todas as estruturas familiares. Não há como enfocar o instituto somente como proteção a este ou aquele modelo de entidade familiar, nem mesmo como proteção à família do devedor, por não ter sido ela quem diretamente contraiu a dívida.[21]

O bem de família não responde por **nenhum tipo de dívida civil**, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza (Lei 8.009/1990 1.º). A impenhorabilidade pode ser oposta em execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou qualquer outra (Lei 8.009/1990 3.º).

É impenhorável não só o bem residencial, mas também os direitos emergentes do imóvel financiado com alienação fiduciária em garantia.[22]

A impenhorabilidade pode ser alegada a **qualquer tempo ou grau de jurisdição**. No entanto, se o devedor oferece à penhora o bem que reside, depois não pode buscar o reconhecimento de se tratar bem de família. Configura-se afronta à **boa-fé objetiva** e à vedação de ***venire contra factum proprium***.[23]

---

20. Álvaro Villaça Azevedo, Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90, 167.
21. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, A impenhorabilidade do bem de família, 163.
22. Execução por quantia certa. Título extrajudicial. Imóvel gravado que serve de residência ao devedor e sua família. Inadmissibilidade. Impenhorabilidade determinada pela Lei nº 8.009/90. Pretensão de que a penhora recaia sobre os "direitos" relativos a esse imóvel, uma vez que é imóvel financiado com alienação fiduciária em garantia. Não cabimento. Fato que não desnatura a natureza da aquisição do bem de família. Possibilidade de penhora apenas quando a execução se referir à dívida relativa à aquisição do próprio bem financiado, porque nessa situação a Lei n. 8.009/90 faz ressalva (art. 3º, II). Se o imóvel foi adquirido para o fim e se realmente serve à residência da família, parece evidente que não só ele, mas também os direitos dele emergentes precisam ficar protegidos ao menos enquanto tal finalidade estiver mantida. A aquisição do imóvel residencial mediante financiamento, ainda que sob a garantia de alienação fiduciária, não pode alterar os termos da questão, pois mesmo nessas hipóteses o bem não deixa de estar ligado ao fim maior que protege o bem de família. Além do mais, se a propriedade fiduciária compreende apenas a "propriedade resolúvel" que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor e ao final do financiamento será restituída ao fiduciante, razão não há para ignorar esses efeitos, considerando-se apenas a momentânea propriedade transmitida ao credor fiduciário. (STJ – REsp 1.726.733/SP (2017/0239594-2), Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 16/10/2020).
23. Recurso especial. Ação declaratória de nulidade de alienação fiduciária. Alienação fiduciária de bem imóvel reconhecido como bem de família. Possibilidade. Conduta que fere a ética e a boa-fé. 1. Ação declaratória de nulidade de alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família. [...] 3. O propósito recursal é dizer se é válida a alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de

Não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único de sua propriedade para ser reconhecido como bem de família.[24] E, caso possua mais de uma residência, apenas a de **menor valor** não se sujeita à penhora.

A garagem que tem matrícula própria, não é reconhecida como bem de família.[25]

Além do imóvel, urbano ou rural que serve de moradia à família, são impenhoráveis as plantações e as benfeitorias de qualquer natureza, bem como os equipamentos, inclusive os de uso profissional.

Do mesmo modo os móveis que guarnecem a casa, desde que quitados, com exceção de obras de arte e adornos suntuosos.

A circunstância de o devedor residir em imóvel de luxo, de alto valor, não descaracteriza o bem como de família.[26]

---

família. 4. A questão da proteção indiscriminada do bem de família ganha novas luzes quando confrontada com condutas que vão de encontro à própria ética e à boa-fé, que devem permear todas as relações negociais. 5. Não pode o devedor ofertar bem em garantia que é sabidamente residência familiar para, posteriormente, vir a informar que tal garantia não encontra respaldo legal, pugnando pela sua exclusão (vedação ao comportamento contraditório). 6. Tem-se, assim, a ponderação da proteção irrestrita ao bem de família, tendo em vista a necessidade de se vedar, também, as atitudes que atentem contra a boa-fé e a eticidade, ínsitas às relações negociais. 7. Ademais, tem-se que a própria Lei 8.009/90, com o escopo de proteger o bem destinado à residência familiar, aduz que o imóvel assim categorizado não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, mas em nenhuma passagem dispõe que tal bem não possa ser alienado pelo seu proprietário. [...] 9. Recurso especial conhecido e não provido. (STJ – REsp 1.560.562/SC (2015/0254708-7), Rel. Nancy Andrighi, j. 02/05/2019).

24. Execução. Bem de família. Residência do devedor. Impenhorabilidade. Recurso provido. 1. A existência de outros imóveis de propriedade do devedor não impede que o imóvel penhorado seja considerado bem de família, especialmente quando há provas que o devedor ali reside com sua família, razão pela qual deve a constrição efetivada naquele bem ser desconstituída. 2. Agravo de instrumento provido. (TJDF – AI 0722007-46.2018.8.07.0000, 7ª T. Cív., Rel. Leila Arlanch, j. 27/03/2019).

25. STJ – Súmula 449: A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora.

26. Agravo interno no recurso especial. Civil. Bem de família. Impenhorabilidade. Ônus da prova. Credor. Imóvel de luxo (alto valor). Proteção. Possibilidade. [...] 2. Cabe ao credor o ônus da prova de descaracterizar o bem de família. Precedentes. 3. Os imóveis de alto padrão não são excluídos da proteção do bem de família. Precedentes. 4. Agravo interno não provido. (STJ – AgInt no REsp 1.656.079/RS (2017/0039594-1), 3ª T., Rel Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 03/12/2018).

Se o imóvel pertencer a mais de um proprietário e for indivisível, a impenhorabilidade alcança todo o bem.[27]

Caso o único bem do devedor se encontre **desocupado**, não é reconhecida a sua impenhorabilidade, pois não está atendendo ao propósito protetivo do instituto.[28]

Conforme súmula do Supremo Tribunal Federal,[29] quando o imóvel do devedor se encontra **alugado** ■ o valor do aluguel seja revertido à moradia da sua família, o valor do aluguel fica protegido pela impenhorabilidade.[30]

---

27. Embargos de terceiro. Impenhorabilidade do bem de família. Bem indivisível. Impenhorabilidade da totalidade do bem. Precedentes. [...] II – A fração de imóvel indivisível pertencente ao executado, protegida pela impenhorabilidade do bem de família, da mesma forma como aquela parte pertencente ao coproprietário não atingido pela execução, não pode ser penhorada sob pena de desvirtuamento da proteção erigida pela Lei n. 8.009/1990. Precedentes: AgInt no AREsp n. 573.226/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 2/2/2017, DJe 10/2/2017; ■ REsp nº 1.227.366-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJE DE 17/11/2014. (STJ – AGINT no RESP: 1776494 SP 2018/0286048-8, 2ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, j. 21/02/2019).

28. Penhora de imóvel de propriedade dos executados. Alegação de impenhorabilidade. Bem de família. Não caracterização. Bem desocupado no momento da constrição. Ocupação posterior. Irrelevância. 1. Para que se caracterize determinado imóvel como bem de família, é indispensável que seja utilizado para residência do núcleo familiar, consoante o disposto no art. 1º, da Lei nº 8.009/90, ainda que os devedores possuam outros imóveis. 2. Se os documentos juntados aos autos evidenciam que o imóvel penhorado estava desocupado e passou a ser utilizado para residência do casal apenas após ■ constrição judicial, impossibilita-se a sua caracterização como bem de família, inexistindo ■ proteção conferida pela Lei nº 8.009/90. [...] (TJDF – AC 0705614-46.2018.8.07.0000, 4ª T. Cív., Rel. Arnoldo Camanho, j. 06/02/2019).

29. STJ – Súmula 486: É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com ■ locação seja revertida para ■ subsistência ou a moradia da sua família.

30. Bem de família. Imóvel locado a terceiros. Rendimentos revertidos à subsistência familiar. Impossibilidade de penhora. Súmula 486 do STJ. Recurso conhecido e provido. 1. O art. 1º da Lei 8.009/1990 dispõe sobre a impenhorabilidade do único imóvel bem de família, e estabelece que o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil. A proteção se estende também ao único imóvel locado ■ terceiros, desde que revertida ■ renda para a subsistência da família, conforme o enunciado de Súmula nº 486 do STJ, que assim estabelece: "É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado ■ terceiros, desde que a renda obtida com ■ locação seja revertida para ■ subsistência ou a moradia da sua família". 2. Recurso conhecido e provido. (TJDF – AC 0721781-07.2019.8.07.0000, 5ª T. Cív., Rel. Robson Barbosa de Azevedo, j. 18/03/2020).

Constituída a dívida e penhorado o bem antes de o devedor passar a nele residir, não afasta o seu reconhecimento como bem de família.[31]

O **locatário** de imóvel alugado é favorecido pela impenhorabilidade somente dos **bens móveis** que guarnecem a sua residência.

Elenca a lei exceções à impenhorabilidade (Lei 8.009/1990 3.º). A que sempre gerou controvérsia é a que diz com a **fiança**. O tema pacificou-se no âmbito dos tribunais superiores, admitindo a penhora do bem de família do fiador, em respeito ao princípio da autonomia privada, pouco importando que ele e sua família sejam desalojados de sua moradia para satisfação do direito do crédito.[32]

Foi objeto de tese no STF[33] e no STJ,[34] que também sumulou a matéria.[35]

---

31. Agravo interno no agravo em recurso especial. Embargos de terceiro. Penhora anterior ao casamento do devedor. Imóvel em que residem a esposa e os filhos. Bem de família. Impenhorabilidade. Exceções. Rol taxativo. Lei 8.009/1990 (arts. 1º e 3º). Agravo provido. 1. As hipóteses de exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família são taxativas, não comportando interpretação extensiva. 2. O imóvel em que residem os recorrentes, esposa e filhos do devedor, deve ser objeto de proteção pelo sistema jurídico, não sendo lícito impor à futura esposa o ônus de diligenciar sobre a existência de eventual constrição de imóvel do futuro esposo, como condição para a obtenção de direito à proteção legal, cuja eficácia apenas admite restrição prevista em lei. Ademais, os filhos do devedor têm também direito, eles mesmos, à proteção conferida ao bem de família, que se estende à entidade familiar em seu sentido mais amplo. 3. Se é certo que a proteção legal pode desdobrar-se em múltiplos eventos, para alcançar ambos os cônjuges em caso de separação ou divórcio, assim como o novo lar por eles constituído, com mais razão deve-se admitir que a proteção legal alcance a entidade familiar única, ainda que constituída posteriormente à realização da penhora, porquanto tal fato não se mostra relevante aos olhos da lei, que se destina à proteção da família em seu sentido mais amplo. 4. Agravo interno provido para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial. (STJ – AgInt no AREsp: 1158338 SP 2017/0212269-0, 4ª T., Rel. Min. Lázaro Guimarães, j. 14/08/2018).
32. Paulo Lôbo, Relações de família e direitos fundamentais, 20.
33. STF – Tema 295: É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição da República, com redação da EC 26/2000.
34. STJ – Tema 708: É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990.
35. STJ – Súmula 549: É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.

Mas em boa hora o STF mudou o posicionamento, assegurando a impenhorabilidade do bem de família do fiador, em face do direito constitucional à moradia.[36]

Duas exceções à impenhorabilidade são salutares. Não se livra da penhora o bem de família quando se trata de **execução de dívida alimentar** (Lei 8.009/1990 3.º III). Entre o direito de alguém morar e a necessidade de outro viver, optou o legislador pela sobrevivência do credor de alimentos.

O valor fruto de **empréstimo consignado**, ainda que descontado do salário do devedor, não fica imune à penhora.[37]

Também não constitui bem de família o bem que foi adquirido com **produto de crime**, ou quando a dívida decorre de condenação penal, ressarcimento, indenização ou perda de bens (Lei 8.009/1990 3.º VI).

Nova quebra ao princípio da impenhorabilidade diz com os **benefícios previdenciários.** Independente da prova da ocorrência de má-fé, o indevido recebimento do benefício, pode levar à perda do direito constitucional de moradia.[38]

Pode ser decretada a indisponibilidade do bem de família em caso de improbidade administrativa.[39]

---

36. Recurso extraordinário. Constitucional. Direito à moradia. Bem de família. Contrato de locação de imóvel comercial. Fiador. Impenhorabilidade do bem de família. Precedentes. Recurso extraordinário provido. (STF – RE 1278427/SP (2265193-80.2019.8.26.0000), 2ª T, Rel. Cármem Lúcia, j. 31/06/2020).

37. Recurso especial. Empréstimo consignado. Desconto. Folha de pagamento. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência. Penhorabilidade. Regra. Impenhorabilidade. Exceção. 1. [...] 2. Cinge-se a controvérsia principal a definir se os valores oriundos de empréstimo consignado em folha de pagamento, depositados em conta bancária do devedor, recebem a proteção da impenhorabilidade atribuída aos salários, proventos e pensões, conforme disposto no art. 833, IV, do CPC/2015. 3. A quantia decorrente de empréstimo consignado, embora seja descontada diretamente da folha de pagamento do mutuário, não tem caráter salarial, sendo, em regra, passível de penhora. 4. A proteção da impenhorabilidade ocorre somente se o mutuário (devedor) comprovar que os recursos oriundos do empréstimo consignado são necessários à sua manutenção e à da sua família. 6. Recurso especial parcialmente provido. (STJ – REsp 1820477/DF (2019/0170723-2), 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19/05/2020).

38. Lei 13.846/2019.

39. Agravo interno no recurso especial. Improbidade administrativa. Decreto de indisponibilidade. Bem de família. Possibilidade. Jurisprudência do STJ. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é assente em admitir a decretação de indisponibilidade prevista na Lei de Improbidade Administrativa sobre bem de família. [...] 2. Agravo interno não provido. (STJ – AI 1.670.672, 1ª T., Rel. Benedito Gonçalves, j. 30/11/2017).

30.6. BENEFICIÁRIOS

Atendendo estritamente ao que está posto na lei, só poderia ser reconhecido como bem de família o imóvel onde reside o devedor e sua família. É o que diz o art. 1.º da Lei 8.009/1990, que fala em imóvel próprio do **casal** ou da **entidade familiar**. No entanto, em face da repersonalização do Direito das Famílias e da valorização da dignidade do ser humano, o tema alcançou novos rumos, novas finalidades. Invocando o direito constitucional à moradia (CR 6º) a tendência é reconhecer o instituto como um **direito social**. Com essa preocupação, tanto a doutrina como a jurisprudência têm conferido significado mais amplo ao conceito de bem de família.

A **dissolução** da **sociedade conjugal** ou da **entidade familiar** não extingue o bem de família. Sua intangibilidade não beneficia exclusivamente o imóvel onde reside o seu proprietário. Mesmo que o devedor não esteja utilizando o bem, permanecendo na posse o ex-cônjuge ou ex-convivente e filhos, é reconhecido o bem como impenhorável.

Há mais situações que merecem igual tratamento. Quando os cônjuges ou companheiros residem em **imóveis distintos**. Na hipótese de **famílias pluriparentais**, há que se reconhecer a existência de três entidades familiares: a nova família constituída pelo casamento ou união estável e as duas entidades formadas por cada um dos pais com sua prole fruto da união pretérita.

Quando o devedor é proprietário de dois imóveis e mantém **uniões simultâneas**, residindo uma família em cada um deles, as duas residências estão resguardadas pela impenhorabilidade.[40]

Ainda que não se possa dizer que uma **pessoa sozinha** constitua uma família, a ocupação do bem por uma pessoa enseja o reconhecimento da impenhorabilidade.[41] Daí o instituto deveria chamar-se de **bem de moradia**. Conforme Giselda Hironaka, a tutela do único bem imóvel de um devedor que vive só parece muito mais consentânea com a tese garantista do patrimônio mínimo, do que eventual ligação, ainda que de longe, com o Direito de Família. O porquê é lógico: sendo família um fato natural, no mínimo birrelacional, não é possível que haja *stats familiae* onde não houver ao menos duas pessoas.[42]

---

40. Carlos Eduardo P. Ruzyk, União estável:..., 219.
41. STJ – Súmula 364: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.
42. Giselda Hironaka, O conceito de família e sua organização jurídica, 59.

Está ao abrigo da impenhorabilidade o imóvel pertencente à **pessoa jurídica**, quando se trata de empresa familiar cujos sócios residam no imóvel.[43]

O **imóvel em construção**, destinado à residência da família, é impenhorável.[44]

Tratando-se de **imóvel indivisível**, em que parte é residencial e parte é comercial, todo o bem é impenhorável.[45] A não ser que haja a possibilidade de desmembramento sem alteração na substância do imóvel.[46]

---

43. STJ, AgInt no AREsp: 909458 SP 2016/0105762-5, 4ª T., Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 30/05/2019.

44. Embargos de terceiros. Penhora. Imóvel em construção. Finalidade de residência da unidade familiar. Único imóvel. Programa Minha Casa Minha Vida. Bem de família. Impenhorável. Dignidade da pessoa humana. Função social da propriedade. Mínimo existencial. Sentença mantida. 1. Estabelece o art. 675 do CPC de 2015 que os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta. O manejo do Instituto, no entanto, não deve ser limitado aos atos constritivos previstos no dispositivo, estando autorizada a oposição dos embargos sempre que ocorrer invasão da esfera jurídica de terceiro. 2. O apartamento a ser penhorado constitui o único bem do casal. Trata-se de apartamento adquirido pelo Programa Minha Casa Minha Vida, do qual é impossível participar se o candidato possuir outro imóvel ou se este não se destinar a residência. 3. Embora a apelada não resida no apartamento, porque ainda está em construção, isso não encontra óbice para configurá-lo como bem de família, afinal tal qualificação pressupõe a análise, caso a caso, da finalidade realmente atribuída ao imóvel. Ou seja, ainda que o bem esteja em construção, é possível considerá-lo impenhorável visto que a família tem a intenção concreta de nele residir tão logo fique pronto. 4. Permitir a penhora do imóvel, único pertencente à unidade familiar, onde se estabelecerá o reduto de sua segurança, assim que as obras forem concluídas, seria erigir a patrimonialização das relações sociais a uma hierarquia superior à dignidade da pessoa humana, desprezando completamente ao fim almejado pela Lei 8.009/1990. Além disso, ainda destoaria integralmente da função social da propriedade, cuja consequência, neste caso, se constitui no direito social à moradia (art. 6º da CF/1988) e na impenhorabilidade do lar. 5. Ora, se a forma derradeira do imóvel residencial familiar é impenhorável, também o será a coisa em construção, que ainda está na expectativa de alcançar a completude do respectivo projeto material. 6. A constrição do bem, portanto, encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. 7. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. (TJDFT – AC 0708956-16.2019.8.07.0005, 1ª T. Cív., Rel. Carlos Rodrigues, j. 13/07/2020).

45. TJMS – AC 08015850820148120017 MS 0801585-08.2014.8.12.0017, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, j. 12/06/2017.

46. TJGO – AI 05593779820188090000, 3ª C. Cív., Rel. Fábio Cristóvão de Campos Faria, j. 25/03/2019.

O **usufrutuário** (CC 1.390 a 1.411) de imóvel residencial está a salvo para fruir e utilizar o bem que seja moradia da família.[47] No entanto, a nua-propriedade pode sofrer a constrição.[48]

Igualmente, o **direito de uso** (CC 1.412 e 1.413) e o **direito de habitação** (CC 1.414 a 1.416) não se penhoram.[49]

Penhorada metade do bem, o devedor pode buscar o reconhecimento de que se trata de bem de família.[50]

30.7. RURAL

A Constituição da República (186), atenta à função social da propriedade, isenta da penhora a **pequena propriedade rural**, assim definida na lei, com referência aos débitos decorrentes da atividade produtiva desempenhada pela família (CR 5.º XXVI). Trata-se de impenhorabilidade **relativa**, condicionada a três pressupostos cumulativos:

- o bem tem de ser identificado como pequena propriedade rural;
- é indispensável que seja trabalhado pela família; e
- a dívida deve ter sido contraída em razão da atividade produtiva. Ainda que não se encontre regulamentado tal dispositivo constitucional, não há como lhe negar vigência em face da determinação de eficácia imediata das garantias fundamentais (CR 5.º § 1.º).

A Lei 8.009/1990 concedeu nova dimensão à impenhorabilidade do imóvel rural. Mesmo que se restrinja à sede da moradia (Lei 8.009/1990 4.º § 2.º), não está condicionada à natureza do débito. O Código de Processo Civil, ao elencar as impenhorabilidades, inclui o **imóvel rural** (CPC 833 VIII).[51]

---

47. TRF-3, Ap 00337201620174039999 SP, 1ª T., Rel. Valdeci Dos Santos, j. 20/02/2018.

48. Embargos de terceiro. Execução fiscal. Constrição judicial sobre imóvel. Cláusula de usufruto vitalício. Bem de família. Impenhorabilidade. Precedente do STJ. Recurso provido. [...] II. O Superior Tribunal de Justiça já proferiu entendimento no sentido de que o imóvel objeto de usufruto vitalício em favor dos genitores do executado possui a qualidade de bem de família e, portanto, é absolutamente impenhorável enquanto perdurar a referida cláusula de usufruto. III. Apelação a que se dá provimento. (TRF 3ª Reg. – AC 00337201620174039999/SP, 1ª T., Rel. Des. Fed. Valdeci dos Santos, j. 20/02/2018).

49. Ricardo Arcoverde Credie, Bem de família, 53.

50. TJPB, AC Nº 0059319-77.2004.815.2001, 2ª C. Cív., Rel. Miguel de Britto Lyra Filho, j. 25/04/2017.

51. Embargos à execução. Impenhorabilidade. Pequena propriedade rural. Presunção relativa de trabalho pela família. A pequena propriedade rural, assim definida por

Há toda uma discussão que envolve a identificação do que se deve chamar de pequena propriedade rural. Por falta de referência mais precisa cabe invocar, por analogia, o conceito de propriedade familiar do Estatuto da Terra, que identifica o que é chamado de **módulo rural** (Lei 4.504/1964 4.º II e III): *imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico.*[52]

30.8. DÍVIDA ALIMENTAR

Entre as **exceções** que afastam a impenhorabilidade do bem de família, a depender da natureza da dívida, encontra-se a obrigação alimentar. Não distingue a lei a natureza dos alimentos.[53] As mesmas hipóteses de impenhorabilidades estão previstas no estatuto processual. Como há algumas dívidas frente às quais descabe invocar a condição de bem de família para livrá-lo da execução, é possível afastar a impenhorabilidade dos bens referidos no CPC. A questão ganha relevância quando se trata de dívida alimentar.

A obrigação alimentícia é reconhecida constitucionalmente como merecedora de exigibilidade mais efetiva, superior até ao direito de liberdade, pois é autorizada a **prisão do devedor** (CR 5.º LXVII). Como as impenhorabilidades elencadas no CPC visam proteger o devedor, não pode prevalecer seu interesse, deixando à míngua o alimentando. Também merece ser invocada a determinação de que a execução seja feita do modo menos gravoso ao devedor (CPC 805). Ora, entre a penhora dos bens tidos como impenhoráveis e a liberdade do alimentante, certamente a forma menos gravosa é fazer com que seu patrimônio garanta o pagamento de dívida alimentar.

O crédito de **honorários advocatícios** não é reconhecido como de natureza alimentar para afastar a impenhorabilidade do bem de família.[54]

---

lei, é considerada impenhorável, conforme norma disposta no artigo 5º, XXVI, CF e artigo 833, VIII, CPC. Em havendo demonstração de o imóvel se enquadrar na definição de pequena propriedade rural, este atrai para si a presunção relativa de ser trabalhado pela família, cabendo à parte contrária desconstituir a referida presunção. (TJMG – AC 10115140008372001, Rel. Valéria Rodrigues Queiroz, j. 31/10/2019).

52. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, A impenhorabilidade do bem de família, 78.
53. STJ, AREsp: 630553 SP 2014/0319580-6, Rel. Min. Lázaro Guimarães, p. 04/06/2018.
54. STJ, AgInt no AREsp 1246675 ES 2018/0031446-8, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16/10/2018.

30.9. ASPECTOS PROCESSUAIS

A intangibilidade do bem que serve de residência à entidade familiar do devedor é considerada **matéria de ordem pública**. Assim, pode ser suscitada a qualquer tempo ou grau de jurisdição, até o momento da alienação judicial do bem.[55]

A exceção de que o bem alvo de constrição se trata de bem de família pode ser oposta quando do **cumprimento da sentença** ou da **execução**. Se o beneficiário da impenhorabilidade não integra a ação, pode insurgir-se via **embargos de terceiro**.

Como se trata de exceções à impenhorabilidade, a interpretação há que ser restritiva.[56] O **ônus da prova** compete a quem alega de que o imóvel penhorado configura bem de família.[57]

Por tratar-se de norma de **ordem pública**, que visa a proteção da entidade familiar, o devedor não pode **renunciar** à impenhorabilidade.[58]

LEITURA COMPLEMENTAR

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*: com comentários à Lei 8.009/90. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família – Teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

______. Bem de família e o patrimônio mínimo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 695-708.

55. TJGO, AI 05458187420188090000, 4ª C. Cív., Rel. Carlos Hipolito Escher, j. 12/02/2019.
56. STJ, AgInt no REsp 1561079 DF 2015/0123129-0, 4ª T., Rel. Min. Lázaro Guimarães, j. 26/06/2018.
57. TRT-1, AC 00007009520015010451 RJ, 2ª T., Rel. Jose Antonio Piton, j. 20/03/2019.
58. Execução. Penhora de imóvel. Cláusula de renúncia à proteção do bem de família. A renúncia à proteção do bem de família, disposta em cláusula contratual, é nula, uma vez que o escopo da Lei nº 8.009/90 é preservar a própria dignidade da pessoa humana, garantindo o direito fundamental à moradia. Exceções à impenhorabilidade dispostas, em rol taxativo, na própria Lei nº 8.009/1990. R. sentença mantida. Recurso de apelação não provido. (TJSP – AC 10015898720178260010 SP 1001589-87.2017.8.26.0010, 22ª C. Dir. Priv., Rel. Roberto Mac Cracken, j. 07/06/2018).

31

ALIMENTOS

Sumário: 31.1. Visão histórica – **31.2.** Tentativa conceitual – **31.3.** Natureza jurídica – **31.4.** Naturais e civis – **31.5.** Características: **31.5.1.** Direito personalíssimo; **31.5.2.** Solidariedade; **31.5.3.** Reciprocidade; **31.5.4.** Proximidade; **31.5.5.** Alternatividade; **31.5.6.** Periodicidade; **31.5.7.** Anterioridade; **31.5.8.** Atualidade; **31.5.9.** Inalienabilidade; **31.5.10.** Irrepetibilidade; **31.5.11.** Irrenunciabilidade; **31.5.12.** Transmissibilidade – **31.6.** Culpa – **31.7.** Casamento – **31.8.** Divórcio – **31.9.** Nulidade do casamento – **31.10.** União estável: **31.10.1.** União estável simultânea – **31.11.** Obrigação dos pais – **31.12.** Parentalidade socioafetiva: **31.12.1** Multiparentalidade – **31.13.** Nascituro – **31.14.** Alimentos gravídicos – **31.15.** Obrigação dos avós – **31.16.** Obrigação dos parentes: **31.16.1.** Obrigação dos irmãos, tios, sobrinhos e primos; **31.16.2.** Obrigação dos parentes por afinidade – **31.17.** Em favor do idoso – **31.18.** Obrigação do Estado – **31.19.** Compensatórios – **31.20.** Transitórios – **31.21.** *Intuitu familiae* – **31.22.** Proporcionalidade-necessidade-possibilidade – **31.23.** Quantificação: **31.23.1** Base de incidência; **31.23.2.** Imposto de renda – **31.24.** Ação de alimentos: **31.24.1.** Legitimidade; **31.24.2.** Procedimento – **31.25.** Competência – **31.26.** Ônus da prova – **31.27.** Definitivos e provisórios – **31.28.** Termo inicial – **31.29.** Litisconsórcio – **31.30.** Chamamento a integrar a lide – **31.31.** Oferta de alimentos – **31.32.** Extinção da obrigação alimentar: **31.32.1.** Indignidade – **31.33.** Título executivo – **31.34.** Liquidez e certeza – **31.35.** Cobrança: **31.35.1.** Protesto – **31.36.** Cumprimento da sentença: **31.36.1** Rito da prisão; **31.36.2** Rito da expropriação – **31.37.** Execução de título extrajudicial: **31.37.1** Rito da prisão; **31.37.2** Rito da expropriação – **31.38.** Coação pessoal: **31.38.1.** Justificativa; **31.38.2.** Prisão – **31.39.** Expropriação – **31.40.** Parcelamento do débito – **31.41.** Duas cobranças em único processo: **31.41.1.** De título executivo judicial; **31.41.2.** De título executivo extrajudicial – **31.42.** Exceção de pré-executividade – **31.43.** Crime de abandono material – **31.44.** Prescrição – **31.45.** Ação revisional

e exoneratória – **31.46.** Coisa julgada – **31.47.** Proporcionalidade e coisa julgada – **31.48.** Prestação de contas – Leitura complementar.

Referências legais: CR 5.º LXVII, 229, 100 § 1.º e 229; CC 206 § 2.º, 373 II, 557 IV, 1.694 a 1.710, 1.920, 1.928 parágrafo único; CPC 189 II, 215 II, 292 III, 528 a 533, 693 a 699, 833 § 2.º, 733, 911 a 913, 1.012 § 1.º II e 1.072 V; CP 244 e parágrafo único; Lei 5.478/1968 (Lei de Alimentos – LA); Lei 7.713/1988 (Altera imposto de renda) 3.º § 1.º; Lei 9.250/1995; Dec. 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda) 4.º, 5.º e 78; Lei 6.515/1977 (Lei do Divórcio) 21, 40 § 2.º II; Lei 7.713/1988 3ª I; Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) 22; Lei 8.560/1992 7.º; Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso – EI) 11 a 14; Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha – LMP) 22 V; Lei 11.804/2008; Decreto 9.176/2017 (Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família); Regulamento SISBAJUD 2.0/2020.

31.1. VISÃO HISTÓRICA

O modo como a lei regula as relações familiares acaba se refletindo no tema alimentos. Em um primeiro momento, o que agora se chama de **poder familiar**, com o nome **pátrio poder** era exercido pelo homem. Ele era "o cabeça" do casal, o chefe da sociedade conjugal. Assim, era dele a obrigação de prover o sustento da família, o que, com o fim da união se convertia em obrigação alimentar.

Com o nítido intuito de proteger a família, o **Código Civil de 1916**, quando de sua edição, ao não permitir o reconhecimento dos **filhos ilegítimos**, perpetrava uma das maiores atrocidades contra crianças e adolescentes havidos fora do casamento. Com isso, eles não podiam buscar o reconhecimento da própria identidade nem pleitear alimentos. Somente após 30 anos é que foi permitido ao filho de homem casado promover, em segredo de justiça, ação de **investigação de paternidade**, apenas para buscar **alimentos** (Lei 883/1949). Embora reconhecida a paternidade, a relação de parentesco não era declarada, o que só podia ocorrer depois de dissolvido o casamento do genitor.

Em face do **princípio da igualdade** entre os filhos, consagrado pela Constituição da República, é que foi admitido o reconhecimento dos filhos "espúrios" (Lei 7.841/1989).

Quanto à obrigação alimentar à mulher, persistia o perfil conservador e patriarcal da família. O **casamento** era indissolúvel, extinguia-se exclusivamente pela morte ou anulação. Havia, porém, a possibilidade de terminar pelo **desquite**, o que ensejava a separação de fato, a dispensa do dever de fidelidade e o término do regime de bens. Mas o vínculo matrimonial permanecia inalterado, tanto que os desquitados não podiam casar.

Como o casamento não se dissolvia como desquite, mantinha-se o encargo assistencial, ao menos do homem para com a mulher. Isso porque, apesar de o Código atribuir a ambos os cônjuges o dever de mútua assistência, existia somente a obrigação alimentar do marido em favor da **mulher inocente e pobre**. Não persistia o dever de sustento no caso de **abandono do lar** sem justo motivo. A preocupação não era com a necessidade, mas com a conduta moral da mulher, pois a sua **honestidade** era condição para obter pensão alimentícia. O exercício da liberdade sexual fazia cessar a obrigação alimentar, sem qualquer questionamento sobre a possibilidade de ela conseguir se manter ou não. Assim, a **castidade** integrava o suporte fático do direito a alimentos. Para fazer jus a eles, a mulher precisava provar não só a sua necessidade, mas também que era pura e recatada, além de fiel ao ex-marido, é claro.

Foi com a **Lei do Divórcio** (Lei 6.515/1977), que o **dever alimentar** entre os cônjuges passou a ser **recíproco**. Porém, o consorte **responsável pela separação** é quem pagava alimentos ao inocente. O cônjuge que tivesse conduta desonrosa ou praticasse qualquer ato que violasse os deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum, era condenado a pagar pensão àquele que não teve **culpa** pelo rompimento do vínculo afetivo. A lei não dava margem a outra interpretação (LD 19): *O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.* Ou seja, o culpado pela separação não podia pleitear alimentos, pretensão assegurada exclusivamente a quem não havia dado causa ao fim da união. Só o **inocente** fazia jus à pensão alimentícia. Assim, a demanda envolvia a perquirição da causa do rompimento da vida em comum. O autor da ação, para ser contemplado com alimentos, precisava provar, além da necessidade, tanto sua inocência como a culpa do réu. Até a simples iniciativa judicial de buscar a separação excluía o direito de pleitear alimentos.

A legislação que regulamentou a **união estável** (Lei 8.971/1994, 1.º e Lei 9.278/1996, 7.º) concedeu aos conviventes situação privilegiada, se confrontada ao casamento. O encargo alimentar não estava condicionado à postura dos parceiros pelo fim da união. A ausência do elemento **culpa** pelo término do convívio limitava o âmbito de cognição da demanda de alimentos, se com-

parada com a ação decorrente da relação de casamento, que exigia a prova de inocência. Tal incongruência foi reconhecida pela jurisprudência como nítida afronta ao **princípio da isonomia:** como casamento e união estável têm origem em um vínculo afetivo, nada justifica a distinção. Como a Justiça não consegue conviver com o imponderável, nem dar tratamento diferenciado e mais restritivo a direitos de igual natureza, foi dispensada a perquirição da culpa quando a lide envolvia alimentos ao cônjuge. A partir da EC 66/10, foi eliminado de vez o instituto da **culpa** no âmbito do Direito das Famílias. O divórcio, como única forma de pôr fim ao casamento, não comporta qualquer referência a causas ou identificação de responsabilidades.

No período de vigência do Código Civil de 1916, o dever alimentar era regrado em distintos diplomas legais e de modo diferenciado. A lei civil disciplinava os alimentos que decorriam do vínculo de consanguinidade e da solidariedade familiar. A Lei do Divórcio e a legislação da união estável regulavam os alimentos derivados do dever de mútua assistência. O Código Civil atual (1.694 a 1.710), não distingue a origem da obrigação, se decorrente do poder familiar, do parentesco, do rompimento do casamento ou da união estável.

31.2. TENTATIVA CONCEITUAL

Talvez se possa dizer que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver.[1] E este, com certeza, é o maior compromisso do Estado: garantir a vida. Todos têm direito de viver, e com dignidade. Surge, desse modo, o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana (CR 1.º III). Por isso os alimentos têm a natureza de **direito de personalidade**, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física.[2] Inclusive estão reconhecidos entre os direitos sociais (CR 6.º). Este é um dos motivos que leva o Estado (CR 226) a emprestar especial proteção à família. Parentes, cônjuges e companheiros assumem, por força de lei, a obrigação de prover o sustento uns dos outros, aliviando o Estado e a sociedade desse encargo. Tão acentuado é o interesse público para que essa obrigação seja cumprida que é possível até a **prisão do devedor** de alimentos (CR 5.º LXVII).

A expressão **alimento** não serve apenas ao controle da fome. Outros itens completam a necessidade humana, que não alimentam somente o

1. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 373.
2. Silmara Juny Chinelato, Comentários ao Código Civil, 437.

corpo, mas também a alma. No dizer de Gelson Amaro de Souza, o maior alimento da alma é a liberdade, e esta somente se conquista com o estudo, o aprendizado e a fruição do mínimo existencial necessário ao exercício da cidadania. Sem o exercício da cidadania não há liberdade e sem liberdade não há vida digna.[3]

O fundamento do dever de alimentos se encontra no **princípio da solidariedade**, ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem uma família, independentemente de seu tipo: casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, socioafetivas (eudemonistas), entre outras.[4] Como afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald a fixação dos alimentos deve obediência a uma perspectiva solidária (CR, art. 3.º), norteada pela cooperação, pela isonomia e pela justiça social – como modos de consubstanciar a imprescindível dignidade humana.[5]

Ainda que cada espécie de obrigação tenha origem diversa e características próprias, todas são tratadas pelo Código Civil da mesma maneira. A obrigação alimentar tem um fim precípuo: atender às necessidades de uma pessoa que não pode prover à própria subsistência.[6] O Código Civil não define o que sejam alimentos. Mas preceito constitucional assegura a crianças e adolescentes direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura e à dignidade (CR 227). Quem sabe aí se possa encontrar o parâmetro para a mensuração da obrigação alimentar. Também o seu conteúdo pode ser buscado no que entende a lei por **legado de alimentos** (CC 1.920): *sustento, cura, vestuário e casa, além de educação, se o legatário for menor.*[7]

É o Estado o primeiro obrigado a prestar alimentos aos seus cidadãos e aos entes da família, na pessoa de cada um que a integra.[8] O **Estatuto do Idoso** (14), de modo expresso, reconhece a obrigação estatal, tanto que quantifica o valor de um salário mínimo àquele que tiver mais de 65 anos de idade se nem ele nem seus familiares possuírem meios de prover sua subsistência (EI 34). Mas infelizmente o Estado não tem condições de

3. Gelson Amaro de Souza, Alimentos provisionais..., 7.
4. Rodrigo da Cunha Pereira, Teoria geral dos alimentos, 2.
5. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil: Famílias,758.
6. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 375.
7. Maria Berenice Dias, Manual das Sucessões, 409.
8. Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós no Direito de Família:..., 54.

socorrer a todos, por isso transforma a **solidariedade familiar** em dever alimentar.

Depois dos cônjuges e companheiros, são os **parentes** os primeiros convocados a auxiliar aqueles que não têm condições de subsistir por seus próprios meios. A lei transformou vínculos afetivos em ônus de garantir a subsistência dos parentes. Trata-se do **dever** de mútuo auxílio transformado em lei.[9]

Não só pessoas têm direito a alimentos. Quando existem **animais de estimação** é possível prever obrigação alimentar, o que ocorre com frequência quando da separação do casal.

31.3. NATUREZA JURÍDICA

A obrigação alimentar não existe somente no Direito das Famílias. Há dever de alimentos com origens outras:

- pela prática de ato ilícito;
- estabelecidos contratualmente; ou
- estipulados em testamento.

Cada um desses encargos tem características diversas e estão sujeitos a princípios distintos.

Surpreendentemente, a dívida alimentar decorrente da prática de **ato ilícito**, não autoriza a **prisão do devedor**.[10] A Constituição da República admite a prisão de obrigação alimentícia (CR 5.º LXVII). Ora, ainda que o ato ilícito dê ensejo ao pagamento de **indenização**, quando esta dispõe de natureza alimentar, indispensável admitir a possibilidade da execução pelo rito da prisão. Basta pensar na hipótese de o crédito ser a favor de filhos menores de vítima de homicídio. Não é possível negar o caráter alimentar da indenização.

---

9. Arnaldo Rizzardo, Direito de Família, 717.

10. *Habeas corpus*. Alimentos decorrentes de ato ilícito. Natureza indenizatória. Prisão civil. Não cabimento. Rito executivo próprio. Art. 533 do CPC/2015. [...] 2. Os alimentos devidos em razão da prática de ato ilícito, conforme previsão contida nos artigos 948, 950 e 951 do Código Civil, possuem natureza indenizatória, razão pela qual não se aplica o rito excepcional da prisão civil como meio coercitivo para o adimplemento. 3. Ordem concedida. (STJ – HC 523357 MG 2019/0217137-0, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 01/09/2020).

No âmbito do Direito das Famílias a obrigação alimentar pressupõe a existência de um vínculo jurídico. Decorre do poder familiar, do parentesco, da dissolução do casamento ou da união estável. Quanto mais se alarga o espectro das entidades familiares e se desdobram os conceitos de família e filiação, a obrigação alimentar adquire novos matizes. Daí o encargo alimentar quando reconhecida a existência de filiação socioafetiva.

A natureza jurídica dos alimentos está ligada à **origem da obrigação**.

O dever dos pais de sustentar os filhos deriva do **poder familiar**. A Constituição da República reconhece a obrigação dos pais de ajudar, criar e educar os filhos menores. Também afirma que os filhos maiores devem auxiliar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade (CR 229). Trata-se de obrigação alimentar que repousa na **solidariedade familiar** entre os parentes em linha reta e se estende infinitamente. Na linha **colateral**, apesar do que diz a lei, é necessário guardar simetria com o direito sucessório e reconhecer que a obrigação vai até o quarto grau de parentesco.

O encargo alimentar decorrente do casamento e da união estável tem origem no **dever de mútua assistência**, que existe durante a convivência e persiste mesmo depois de rompida a união. Cessada a vida em comum, a obrigação de assistência cristaliza-se na modalidade de pensão alimentícia. Basta que um não consiga prover à própria subsistência e o outro tenha condições de lhe prestar auxílio. Ainda que não haja expressa referência legal, é a **separação de fato** o pressuposto para a fixação de alimentos. Enquanto a família coabita, os alimentos são atendidos *in natura*. Com a separação, o encargo converte-se em obrigação *in pecunia*. No entanto, mesmo vivendo o casal sob o mesmo teto, podem ser fixados alimentos.

31.4. NATURAIS E CIVIS

A expressão **alimentos** vem adquirindo dimensão cada vez mais abrangente. Engloba tudo o que é necessário para alguém viver com dignidade, dispondo o juiz de poder discricionário para quantificar o seu valor. O alargamento do conceito de alimentos levou a doutrina a distinguir alimentos civis e naturais.

Alimentos naturais são os indispensáveis para garantir a **subsistência**, como alimentação, vestuário, saúde, habitação, educação etc.

Alimentos civis destinam-se a manter a **qualidade de vida** do credor, de modo a preservar o mesmo padrão e *status* social do alimentante.[11]

11. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 328.

Essa distinção entre alimentos civis e naturais foi adotada pelo Código Civil com nítido **caráter punitivo**. Parentes, cônjuges e companheiros podem pedir alimentos uns aos outros para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de educação (CC 1.694). Todos os beneficiários – filhos, pais, parentes, cônjuges e companheiros – têm assegurado o padrão de vida de que sempre desfrutaram. Fazem jus a **alimentos civis** independentemente da origem da obrigação. No entanto, limita a lei o valor do encargo sempre que é detectada **culpa** do alimentando (CC 1.694 § 2.º). Quem, dá origem à situação de necessidade percebe somente **alimentos naturais**, isto é, somente o que basta para manter a própria subsistência.

Com o fim do instituto da separação (EC 66/2010), ruiu o instituto da culpa para a concessão do divórcio, levando de arrasto os arts. 1.702 e 1.704 do Código Civil. Tais dispositivos foram banidos por fazerem expressa referência à culpa pela dissolução do casamento, motivação que não tem mais relevância jurídica. Não persiste sequer a possibilidade de ocorrer o achatamento do valor dos alimentos pela ocorrência de culpa geradora da situação de necessidade (CC 1.694 § 2.º). Ainda que dita responsabilidade não se confunda com a culpa pelo descumprimento dos deveres do casamento, foi igualmente sepultada e não gera reflexos para o estabelecimento da obrigação alimentar entre cônjuges.[12]

31.5. CARACTERÍSTICAS

No âmbito das relações de família, os alimentos comportam classificações segundo diversos critérios, atentando aos vínculos de parentalidade, afinidade e dever de solidariedade, para preservar o direito à vida assegurado constitucionalmente (CR 5.º). Os alimentos não dizem apenas com o interesse privado do alimentado. Há **interesse geral** no seu adimplemento. Por isso se trata de obrigação regulada por **normas cogentes de ordem pública**: regras não derrogáveis ou modificáveis por acordo entre particulares. O direito a alimentos não pode ser objeto de transação ou renúncia, sendo restrita a vontade individual nas convenções a seu respeito.[13]

Distingue a doutrina obrigação e dever alimentar. O **dever alimentar** decorre da **solidariedade familiar** existente entre cônjuges, companheiros e demais parentes em linha reta ou colateral. Como tem natureza **assis-**

12. Maria Berenice Dias, Divórcio:..., 118.

13. Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 35.

tencial, é necessária a demonstração da necessidade de quem os pleiteia e da capacidade de quem irá pagar. A **obrigação alimentar** decorre do **poder familiar**, sendo, por tal razão, ilimitada (CC 1.566 III e 1.568). Há a **presunção** da necessidade do credor, que não precisa prová-las.[14] Uma vez cessado o poder familiar, pela maioridade ou emancipação, termina o ciclo do dever de sustento e começa o vínculo da obrigação alimentar.[15]

31.5.1. Direito personalíssimo

O direito a alimentos não pode ser transferido a outrem, na medida em que visa preservar a vida e assegurar a existência do indivíduo que necessita de auxílio para sobreviver. Em decorrência direta de seu caráter personalíssimo, é direito que não pode ser objeto de **cessão** (CC 1.707) nem se sujeita a **compensação** (CC 373 II), a não ser em casos excepcionais, em que se reconhece caráter alimentar a pagamentos feitos a favor do alimentando.[16]

Essa mesma característica faz a pensão alimentar **impenhorável**, por garantir a subsistência do alimentado. Tratando-se de direito que se destina a prover o sustento de pessoa que não dispõe, por seus próprios meios, de recursos para se manter, inadmissível que credores privem o alimentado dos recursos de que necessita para assegurar a própria sobrevivência.

Mesmo havendo recebimento de prestações atrasadas, tais créditos ficam a salvo da penhora. No entanto, se com o valor dos alimentos houve a aquisição de bens, a estes não alcança a impenhorabilidade.

14. Thiago Felipe Vargas Simões, A família da contemporaneidade:..., 64.
15. Rolf Madaleno, Curso de Direito de Família, 698.
16. Divórcio. Consensual. Alimentos. Filhas menores. Acordo. Homologado. Valor fixo. Compensação com valores devidos pela genitora. Impossibilidade. Prejuízo de terceiros. Proteção integral. 1. Nos termos dos artigos 373, II, e 1.707, ambos do Código Civil, os alimentos são irrenunciáveis e o respectivo crédito é insuscetível de compensação. 2. Impossibilidade de compensação em prejuízo de terceiros que não participaram do acordo. 3. Fixada a prestação alimentícia, incumbe ao devedor cumprir a obrigação na forma acordada, não sendo válida cláusula que permita a compensação dos alimentos arbitrados em pecúnia com parcelas de dívidas a serem pagas pela genitora ao genitor. 4. Caso seja adotado entendimento diverso, estar-se-á contrariando toda a doutrina da proteção integral acolhida nos art. 227 da Constituição da República e art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, da qual decorre o princípio do melhor interesse da criança como critério primário de hermenêutica e aplicação de toda a legislação aplicável. 5. Recurso conhecido e provido. (TJDF – AC 07217571320188070000 – 0721757-13.2018.8.07.0000, 3ª T. Civ., Rel. Maria de Lourdes Abreu, j. 09/05/2019).

31.5.2. Solidariedade

Nunca declinou a lei a natureza da obrigação alimentar, silêncio que sempre ensejou acirrada controvérsia.[17] Como a solidariedade não se presume (CC 265), pacificaram-se doutrina e jurisprudência entendendo que o dever de prestar alimentos não seria solidário, mas **subsidiário** e de **caráter complementar**, condicionado às possibilidades de cada um dos obrigados. Sua natureza **divisível** sempre serviu de justificativa para reconhecer que não se trata de obrigação solidária.

No entanto, o **Estatuto do Idoso** afirma (12): *A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.* Apesar de algumas vozes resistentes, diante da clareza da norma legal, não há como negar que o legislador definiu a natureza do encargo alimentar, ao menos em favor de quem merece especial atenção do Estado.

Ainda que seja dispositivo inserido na lei protetiva ao idoso, é imperioso reconhecer que a solidariedade se estende em favor de outro segmento que também é alvo da proteção integral e igualmente não tem meios de prover a própria subsistência: **crianças e adolescentes**. Quer atentando ao **princípio da isonomia**, que não permite tratamento desigualitário entre os iguais, quer em respeito à dignidade da pessoa humana, é indispensável igualar direitos e garantias assegurados a todos que merecem tratamento diferenciado. Menores de idade, são, em tudo, equiparáveis aos idosos. Pensar diferente é promover uma fratura completa do sistema jurídico, afastando uma compreensão sistemática.[18]

A **divisibilidade** do dever de alimentos não desconfigura a natureza solidária da obrigação, que tem o intuito de não deixar desatendido quem não dispõe de condições de se manter. Por isso são obrigados cônjuges, companheiros, pais, filhos, parentes e, agora, explicitamente, o próprio Estado. Mesmo que tenha a obrigação alimentar se tornado solidária, não há como invocar todos os dispositivos da lei civil que regem a **solidariedade passiva** (CC 275 a 285). Tal fato, no entanto, não afasta o princípio da solidariedade. Ainda que exista a faculdade de acionar qualquer um dos obrigados, não há como afastar os critérios da **proporcionalidade** (CC 1.694 § 1.º) e da **sucessividade** (CC 1.696 e 1.697) na escolha dos alimentantes.

A sentença que reconhece a obrigação de mais de um devedor deve **individualizar** o encargo, quantificando o valor dos alimentos segundo as

17. Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 141.

18. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Resenvald, Curso de Direito Civil: Famílias, 748.

possibilidades de cada obrigado. Quando tal não ocorre, todos são obrigados pela dívida toda (CC 264). Dispõe o credor da faculdade de exigir o pagamento da totalidade da dívida de somente um dos devedores (CC 283). O que pagou tem de **direito de regresso** frente aos demais coobrigados: os parentes do mesmo grau.

O dever alimentar não tem todas as características do instituto da solidariedade. Nem quando se trata de obrigação decorrente do **poder familiar**. Os pais são obrigados a concorrer na proporção de seus bens e dos rendimentos do seu trabalho para o sustento e educação dos filhos (CC 1.568). Portanto, mesmo sendo **concorrente** a obrigação dos pais, a quantificação de tal dever está condicionada ao princípio da proporcionalidade.

31.5.3. Reciprocidade

A obrigação alimentar é recíproca entre cônjuges, companheiros (CC 1.694) e entre parentes (CC 1.696). É **mútuo** o dever de assistência, a depender das necessidades de um e das possibilidades do outro. O credor alimentar de hoje pode vir, em momento futuro, a se tornar devedor, e vice-versa. A reciprocidade tem fundamento no **dever de solidariedade**.

Com relação aos alimentos decorrentes do **poder familiar** não há reciprocidade (CR 229). Porém, no momento em que os filhos atingem a maioridade, cessa o poder familiar e surge, entre pais e filhos, obrigação alimentar recíproca em decorrência do vínculo de parentesco (CC 1.697).

Ainda que a obrigação alimentar tenha por base o dever de **solidariedade**, a reciprocidade só é invocável respeitando-se um aspecto **ético**. Assim, o pai que deixou de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar não pode pleitear alimentos dos filhos.[19] Expressamente a lei autoriza a cessação do direito a alimentos quando o credor tem **procedimento indigno** para com o devedor (CC 1.708 parágrafo único). Às claras que

19. Alimentos. Pedido de alimentos de ascendente para descendente. Abandono afetivo e material. Inexistência do exercício do dever familiar. Eventuais necessidades da genitora que não autorizam a fixação de alimentos a serem suportados pela filha. Sentença confirmada. A leitura atenta da prova carreada aos autos faz concluir que a apelante jamais exerceu a maternidade em relação à filha, cuja guarda fática, desde o nascimento, foi exercida pelo casal que a acolheu, dando-lhe proteção e amparo material, afetivo e emocional, permitindo que se desenvolvesse como pessoa. Por conseguinte, não pode a genitora, decorridos quase 50 (cinquenta) anos, pretender que a filha lhe alcance alimentos, diante da inexistência de reciprocidade. Apelação desprovida. (TJRS – AC 70081622235, 7ª C. Cív., Rel. Sandra Brisolara Medeiros, j. 31/07/2019).

o dispositivo não diz somente com o agir indevido dos filhos. Também o pai que age indignamente - por abandonar material ou afetivamente os filhos ou cometer abuso contra eles - não tem legitimidade para pedir alimentos a eles.[20]

31.5.4. Proximidade

O credor deve buscar alimentos de quem lhe é mais chegado. É o que diz a lei ao estabelecer que a obrigação recai sobre os parentes de grau **mais próximo** (CC 1.696). Assim, o filho deve primeiro acionar os pais para só depois direcionar a ação contra os avós. Também a obrigação primeira é dos ascendentes e só em caráter subsidiário dos descendentes, guardada a ordem de vocação hereditária (CC 1.697).

Ainda que haja uma ordem de preferência, quer em nome do princípio da efetividade, quer em face da natureza do encargo, possível que a ação de alimentos seja movida contra mais de um obrigado, formando-se um **litisconsórcio passivo facultativo sucessivo.** Por exemplo, reconhecido na ação que o genitor não tem condições de arcar com o encargo, a obrigação é imposta ao avô. Há enorme vantagem em assim proceder. Reconhecida a obrigação subsidiária e complementar dos ascendentes, os alimentos são devidos a partir da citação dos mesmos para a demanda. E não somente quando for promovida a ação contra o avô.

Vigora a regra da **divisibilidade próxima proporcional subsidiária**, ou seja, o encargo deve ser dividido entre os obrigados primários, na medida de suas possibilidades. E, caso estes não tenham condições suficientes de atender às necessidades do alimentando, buscar-se-á o complemento junto aos alimentantes secundários, e assim por diante.[21]

31.5.5. Alternatividade

Em regra, os alimentos são pagos **em dinheiro**, dentro de determinada **periodicidade.** Podem, no entanto, ser alcançados *in natura*, com a concessão de **hospedagem e sustento**, sem prejuízo do direito à educação

20. IBDFAM – Enunciado 34: É possível a relativização do princípio da reciprocidade, acerca da obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos, nos casos de abandono afetivo e material pelo genitor que pleiteia alimentos, fundada no princípio da solidariedade familiar, que o genitor nunca observou.

21. Leonardo de Faria Beraldo, Alimentos no Código Civil, 32.

(CC 1.701). Quando não são pagos em dinheiro, é de ser considerado o proveito direto do destinatário dos alimentos.

Cabe ao magistrado, caso as circunstâncias assim exigirem, estipular a maneira de cumprimento da obrigação (CC 1.701 parágrafo único). Mas deve evitar a fixação de alimentos *in natura* por ser fonte de conflitos, especial nos litígios envolvendo as partes, por despertar dúvidas acerca da qualidade dos bens a serem entregues.[22]

Ainda que convencionado o pagamento dos alimentos *in natura*, quando existir inadimplemento, pode o credor pedir a conversão em pagamento **em dinheiro**.[23] O descumprimento da obrigação de fornecer alimentos *in natura* comporta execução de **obrigação de fazer**, com a estipulação de **multa**, a favor do credor, a qual pode ser imposta de ofício (CPC 537).

Caso fração dos alimentos seja paga *in natura*, como por exemplo, as mensalidades escolares, perante a instituição de ensino, a obrigação é **solidária** de ambos os genitores.[24]

O **uso exclusivo de bem comum** do casal por quem fica com a guarda dos filhos, é reconhecido como alimentos naturais, descabendo o arbitramento de **aluguel**.[25]

---

22. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil: Famílias, 737.

23. Alimentos. Alteração na forma do pagamento. Deferimento. A obrigação está fixada para ser paga *in natura*, mas o alimentante nada paga, o que causa diversos prejuízos ao alimentado. No contexto, defere-se alteração da forma de pagamento para *in pecunia*, fixando-se o valor postulado pelo alimentado, inclusive porque, considerando o rol de despesas *in natura* que estavam fixadas, o valor postulado para ser pago *in pecunia* é benéfico ao alimentante. Deram provimento. (TJRS – AI 70078408507 RS, 8ª Câm. Civ., Rel. Rui Portanova, j. 13/09/2018).

24. Ação monitória. Mensalidade escolar. Responsabilidade solidária dos pais do aluno. Precedente do STJ. Solidariedade, no entanto, que permite ao credor exigir e receber apenas de um dos devedores, no caso, o pai, ora recorrente, como pretende a autora. Inteligência do art. 275 do código civil. Ilegitimidade de parte afastada. Prestação de serviços ao filho do apelante por ele reconhecida. Alegação de pagamento via transferência bancária à sua ex-esposa, em decorrência de ação de alimentos que não pode ser oposta em face da escola, devendo tal questão ser dirimida nas vias próprias. Ação julgada procedente. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP – AC 10227270620188260001 SP 1022727-06.2018.8.26.0001, 23ª C. Dir. Priv., Rel. Paulo Roberto de Santana, j. 12/02/2019).

25. Ação de arbitramento de aluguéis. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. Não acolhimento. Comprovação do pagamento das despesas do imóvel desnecessária para o deslinde da controvérsia. Apelante que é devedor alimentar da filha. Apelada que reside com a menor no imóvel. Uso exclusivo do bem que se configura alimentos *in natura*. Aluguéis não devidos. Sentença mantida por fun-

Mesmo que não se possa chamar de alimentos *in natura*, a pensão pode constituir em **usufruto** de determinados bens, seja quem for o beneficiado (LD 21 § 1.º).

31.5.6. Periodicidade

Como o encargo de pagar alimentos tende a estender-se no tempo – ao menos enquanto o credor deles necessitar –, indispensável que seja estabelecida a periodicidade para seu adimplemento.

Quase todas as pessoas recebem salários ou rendimentos **mensalmente**, daí a tendência de estabelecer este mesmo período de tempo para o atendimento da obrigação alimentar. No entanto, nada impede que seja outro o lapso temporal: quinzenal, semanal e até semestral. Essas estipulações dependem da concordância das partes ou da comprovação, pelo devedor, da necessidade de que assim seja. De qualquer modo, dispondo o encargo do prazo que tiver, em qualquer hipótese, cabível o uso da demanda executória. Mesmo que os alimentos sejam fixados semestralmente – o que é comum quando os devedores se dedicam à agricultura –, tal não retira a atualidade da obrigação para a cobrança pelo rito da coação pessoal (CPC 528 § 7.º).

31.5.7. Anterioridade

Pela própria finalidade da obrigação alimentar, salta aos olhos que se trata de encargo que necessita ser cumprido **antecipadamente**. Como os alimentos destinam-se a garantir a subsistência do credor, precisam ser pagos com antecedência. O vencimento é antecipado. Aliás, esta regra é expressa quanto ao **legado de alimentos** (CC 1.928 parágrafo único): *Se as prestações forem deixadas a título de alimentos, pagar-se-ão no começo de cada período*. Nada justifica não aplicar tão salutar princípio a toda e qualquer obrigação de natureza alimentar. A justificativa é para lá de singela: a necessidade da utilização imediata do numerário para o alimentando arcar com os gastos básicos do dia a dia.[26]

A partir do momento em que os alimentos são fixados, já são devidos. Necessita o devedor ser intimado para pagar imediatamente, cabendo ao

damentos diversos. Recurso não provido. (TJSP – AP 10012537620158260132 SP 1001253-76.2015.8.26.0132, 9ª Câm. Dir. Priv., Rel. Piva Rodrigues, j. 14/08/2018).

26. Leonardo de Faria Beraldo, Alimentos no Código Civil, 30.

juiz fixar um prazo razoável: entre 5 e 10 dias. Nunca, porém, pode ser determinado – como ocorre diuturnamente – que o pagamento ocorra no mês subsequente ao vencido. Não há como pretender que o credor espere 30 dias para comer!

O devedor de alimentos deve assumir uma postura ética. Não pode se quedar omisso e aguardar que os credores promovam a ação. E, pior, só ser obrigado a proceder ao pagamento depois de decorrido o período de 30 dias da citação. A ele cabe a iniciativa de **oferecer alimentos** e, quando da propositura da ação, já efetuar o depósito da importância que entende devida.

Fixados os alimentos e não pagos imediatamente, possível o uso da **via executória**, mesmo antes de vencido o período da obrigação, pois já existe [illegible] e a obrigação tornou-se exigível. Aliás, para lá de viciosa a prática de aguardar o vencimento de três parcelas para a cobrança, pelo fato de a dívida até tal lapso de tempo, comporta execução pela via da coação pessoal (CPC 528 § 7.º). Basta a mora de uma parcela para cobrar a dívida.

31.5.8. Atualidade

Como o encargo alimentar é de trato sucessivo, os efeitos corrosivos da **inflação** não podem aviltar seu valor, o que afronta o princípio da proporcionalidade. Assim, indispensável que os alimentos sejam fixados com a indicação de **critério de correção**.[27] Mesmo que a sentença tenha sido omissa, não indicando o fator de atualização dos alimentos, a correção se impõe, segundo o índice oficial regularmente o utilizado (CC 1.710).

A modalidade que melhor preserva a atualidade é estabelecer o encargo em **valor percentual** dos ganhos do alimentante. Não dispondo ele de fonte de rendimento que permita o desconto, a tendência é estabelecer os alimentos em salários mínimos.

27. Revisão de alimentos. Alimentos fixados em valor determinado. Ausência de índice de correção monetária. Pedido de fixação em percentual do salário mínimo. Apelo provido. 1) O art. 1.710 do Código Civil e a jurisprudência dos Tribunais Superiores determinam que a decisão que fixa alimentos deve vislumbrar [illegible] atualização monetária, com o fim de resguardar o padrão de vida do alimentando e assegurar o valor real da pensão. Precedentes STF e STJ. 2) Quando o Juízo de origem não fixa índice de correção monetária da pensão alimentícia de valor determinado, os alimentos podem ser fixados no percentual do salário mínimo para assegurar a recomposição do valor real (art. 1.710 do CC). ARE 842157 – Repercussão Geral. 3) Apelo provido. (TJAP – AC 00389047220168030001 AP, Rel. Des. Rommel Araújo de Oliveira, j. 04/06/2019).

A Constituição da República (7.º IV) veda a vinculação do **salário mínimo** para qualquer fim. Mas de há muito é reconhecido que pode ser tomado por base para atualizar os alimentos (CPC 533 § 4.º).[28]

31.5.9. Inalienabilidade

O direito alimentar não pode ser transacionado, pois não é possível prejudicar a subsistência do credor. Embora **indisponível**, são perfeitamente válidas as convenções estipuladas entre as partes com vistas à fixação da pensão, presente ou futura, e ao modo de sua prestação.[29]

Apenas com relação a **alimentos pretéritos** são lícitas transações.[30] Ainda assim, em se tratando de alimentos devidos a criança ou adolescente, o acordo necessita submeter-se à chancela judicial com prévia manifestação do Ministério Público.

Reconhecida a inconveniência da transação, não deve ser homologada, por configurar lesão enorme e ruptura do equilíbrio contratual, **defeito do negócio jurídico** que gera sua anulabilidade.

---

28. Agravo regimental em recurso extraordinário. Pensão alimentícia. Fixação em salários mínimos. Possibilidade. Precedentes. Imposição de multa. 1. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional em análise e reafirmou a jurisprudência da Corte no sentido de que não viola o art. 7º, IV, da Constituição, a fixação de pensão alimentícia com base no salário mínimo. 2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973. (STF – RE-AgR 477.197/AC, 1ª T., Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 02/05/2017).
29. Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 108.
30. Recurso especial. Menor absolutamente incapaz. Execução. Alimentos pretéritos. Acordo. Exoneração da dívida. Possibilidade. Art. 1.707 do Código Civil. Curador especial. Art. 9º do CPC/1973. [...] 2. Cinge-se a controvérsia a examinar se é possível a realização de acordo com a finalidade de exonerar o devedor do pagamento de alimentos devidos e não pagos e se é necessária a nomeação de curador especial, tendo em vista a alegação de existência de conflito de interesses entre a mãe e as menores. 3. É irrenunciável o direito aos alimentos presentes e futuros (art. 1.707 do Código Civil), mas pode o credor renunciar aos alimentos pretéritos devidos e não prestados, isso porque a irrenunciabilidade atinge o direito, e não o seu exercício. 4. Na hipótese, a extinção da execução em virtude da celebração de acordo em que o débito foi exonerado não resultou em prejuízo, visto que não houve renúncia aos alimentos vincendos e que são indispensáveis ao sustento das alimentandas. As partes transacionaram somente o crédito das parcelas específicas dos alimentos executados, em relação aos quais inexiste óbice legal. 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido. [...] (STJ – REsp 1529532/DF (2015/0100156-2), 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 09/06/2020).

Flagrado conflito de interesses entre o credor e seu representante, cabe a nomeação de um **curador** ao alimentando para buscar a cobrança do débito (CPC 72 I).

31.5.10. Irrepetibilidade

Talvez um dos princípios mais significativos que rege o tema dos alimentos seja o da irrepetibilidade. Como se trata de verba que serve para garantir a vida e a aquisição de bens de consumo, inimaginável pretender que sejam devolvidos. Esta verdade por tão evidente é até difícil de sustentar. Não há como argumentar o óbvio. Provavelmente por esta lógica ser inquestionável é que o legislador não se preocupou sequer em inseri-la na lei. Mas é um princípio aceito por todos, mesmo não constando do ordenamento jurídico.

A irrepetibilidade deveria servir para desestimular o inadimplemento. No entanto, exclusão dos alimentos ou a alteração para menor do valor da pensão por orientação jurisprudencial dispõe de **efeito retroativo**. Com isso o ingresso de demanda revisional intentada pelo alimentante serve de incentivo para que deixe de pagar os alimentos ou proceda à redução do seu montante do modo que melhor lhe aprouver. Estabelecido novo valor, indispensável que passe a vigorar somente com referência às parcelas **vincendas**, não alcançando as parcelas vencidas.

Ou é isso, ou quem paga pontualmente e pede a revisão ou a exoneração, em caso de sucesso na ação, não pode compensar os valores pagos a maior durante a tramitação da demanda. Para o devedor relapso, é só não pagar os alimentos e pedir a revisão do encargo, se beneficiando do próprio dissídio. Concedido efeito retroativo ao pleito revisional, deixam de pagar o valor devido antes da decisão judicial.

Apesar de absurda, esta é a lógica da súmula do STJ[31] ao emprestar **efeito retroativo** à redução ou exoneração dos alimentos.

Certamente o mesmo vai ocorrer na demanda de **desconstitução do vínculo de filiação**. Proposta ação **negatória de paternidade**, o jeito é parar de pagar os alimentos. A procedência da ação vai exonerar o alimentante a contar da data da citação. Fácil assim!

31. STJ – Súmula 621: Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade.

Admite-se a devolução de alimentos exclusivamente quando comprovado que houve **má-fé** ou postura maliciosa do credor. Em nome da irrepetibilidade, não é possível dar ensejo ao enriquecimento injustificado (CC 884). É o que se vem chamando de **relatividade** da não restituição. Conforme Rolf Madaleno pontua, soa sobremaneira injusto não restituir alimentos claramente indevidos, em notória infração ao princípio do não enriquecimento sem causa.[32] A boa-fé é um princípio agasalhado pelo direito (CC 113 e 422), a assegurar a **repetição do indébito.**[33]

31.5.11. Irrenunciabilidade

O Código Civil anterior, que regulava apenas os alimentos decorrentes do parentesco, vedava a renúncia (CC/1916 404). Com relação ao **desquite**, a matéria foi sumulada pelo STF[34] no mesmo sentido. Como a competência sobre o tema passou para o STJ, o enunciado acabou por se esvaziar.

Tanto a **Lei do Divórcio** como as leis reguladoras da **união estável** silenciaram sobre o ponto. Assim, a Justiça aceitava a renúncia manifestada por cônjuges e companheiros, quando do fim do relacionamento.

O **Código Civil** atual consagra a irrenunciabilidade, admitindo apenas que o credor não exerça o direito (CC 1.707). Como não está prevista qualquer exceção, inúmeras são as controvérsias que existem em sede doutrinária. Mas a lei é clara: não é possível a renúncia.

Por óbvio os alimentos decorrentes do **poder familiar** são irrenunciáveis. O representante de filhos incapazes não pode desistir da ação de alimentos nem fazer qualquer acordo, sem a ouvida do Ministério Público.[35] É admissível somente transação, em sede de execução, de modo a não

---

32. Rolf Madaleno, Direito de Família, 357.

33. Cumprimento de sentença. Alimentos. [...] Compensação de valores pagos em excesso pelo alimentante. Impossibilidade. Vedação expressa da compensação (art. 1.707 do CC). Princípio da irrepetibilidade. Relativização em caso de comprovada má-fé ou enriquecimento ilícito do credor. Não demonstração. Sentença mantida. [...] 3. Excepcionalmente, admite-se uma relativização do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, quando comprovada a má-fé do credor ou seu enriquecimento ilícito, o que não se constata nas provas carreadas nos autos. 4. Apelação conhecida e não provida. (TJDF – AC 00025458520168070010 – 0002545-85.2016.8.07.0010, Rel. Simone Lucindo, j. 24/04/2019).

34. STF – Súmula 379: No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.

35. Ação de guarda e alimentos. Acordo celebrado entre as partes, homologação pelo juízo sem oitiva prévia do Ministério Público. Impossibilidade. Hipótese de inter-

prejudicar o interesse da prole. Flagrado eventual conflito de interesses, cabe a nomeação de **curador especial** ao credor dos alimentos.

No que diz com os alimentos entre **cônjuges e companheiros**, diverge a jurisprudência sobre a possibilidade de **renúncia prévia** no **pacto antenupcial** ou em **contrato de convivência**. Enquanto os Tribunais do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina reconhecem a **invalidade** da renúncia,[36] o Tribunal do Distrito Federal admite a estipulação no contrato de convivência.[37] No entanto, ocorrendo a renúncia quando da dissolução do vínculo, a tendência é não aceitar posterior pedido de alimentos.[38] Cristiano Chaves reconhece como **comportamento contraditório** cobrar os alimentos depois de ter deles aberto mão.[39]

A alegação é de afronta ao princípio da **boa-fé objetiva**, configurando verdadeiro *venire contra factum proprium*. Isso porque, em um primeiro momento, se cria uma expectativa e em seguida se age de maneira contrária ao comportamento inicial, o que configura **abuso de direito** que merece ser repelido.[40] Mas, como bem responde Flávio Tartuce, a boa-fé objetiva não é argumento que consegue vencer todas as ponderações e escolhas morais. A admissão da renúncia aos alimentos representa grande afronta ao princípio

venção obrigatória. Exegese dos arts. 178, 179 e 698, todos do NCPC. Superação do vício, pela intervenção do órgão ministerial em segundo grau, incabível na espécie. Suscitação da nulidade pelo próprio fiscal da lei, aliada à existência de prejuízo aos interesses dos incapazes, decorrente da omissão denunciada. [...] A não intervenção do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição pode ser suprida pela intervenção da Procuradoria de Justiça perante o colegiado de segundo grau, em parecer cuidando do mérito da causa, sem que haja arguição de prejuízo ou alegação de nulidade. Contudo, manifestando-se o órgão do Ministério Público pela ocorrência de prejuízo diante da ausência de sua intervenção em primeiro grau, impõe-se a decretação da nulidade. [...] (TJSC – AC 03042399320168240090 - 0304239-93.2016.8.24.0090, 1ª C. Civ., Rel. Jorge Luis Costa Beber, j. 28/06/2018).

36. TJRS – AC 70076483700/RS, 8ª C. Civ., Rel. Rui Portanova, j. 28/06/2018; TJSC – AC 00007138020138240064 – 0000713-80.2013.8.24.0064, 1ª C. Dir. Civ., Rel André Carvalho, j. 10/05/2018.
37. TJDF – AI 07190859520198070000 – 0719085-95.2019.8.07.0000, 7ª T. Cív., Rel. Romeu Gonzaga Neiva, j. 11/12/2019.
38. JCJF – Enunciado 263: O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da "união estável". A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsistir vínculo de Direito de Família.
39. Cristiano Chaves de Farias, Escritos de Direito e Processo das Famílias, 73.
40. Idem e Nelson Rosenvald, Curso de Direito de Família, 875.

da solidariedade (CR 3.º I).[41] Principalmente quando da superveniência de incapacidade laboral em razão de doença.

A alegada igualdade constitucional tem ensejado significativa restrição às demandas alimentares. Mas como bem lembra Sérgio Gischkow Pereira, não se pode descuidar de que ainda existe uma parcela de famílias que preserva o viés patriarcal. As mulheres, muitas vezes, são impedidas de trabalhar e, quando do fim do casamento, não têm como prover à própria subsistência. Muitas renunciam aos alimentos porque espancadas, porque ameaçadas de morte, porque ludibriadas, ou todos esses fatores conjugados, e, muitas vezes, não há como provar esses eventos. Os juízes e tribunais, em geral, sabem disso, mas nem sempre o doutrinador o sabe.[42]

Súmula do STJ[43] reconhece o direito à **pensão previdenciária** do ex-marido, mesmo que a mulher tenha renunciado aos alimentos quando da separação. Com o fim da separação, a súmula não restou derrogada, mas a concessão do benefício depende da prova da dependência econômica do segurado.[44]

31.5.12. Transmissibilidade

O Código Civil anterior, ao regular os alimentos entre parentes, dizia ser o encargo intransmissível (CC/1916 402). A Lei do Divórcio consagra a transmissibilidade do dever alimentar entre cônjuges (LD 23). As leis reguladoras da união estável nada dizem. A aparente contradição legislativa era solvida pela jurisprudência, atentando ao fato de serem encargos diferenciados: a lei civil regulava os alimentos entre **parentes** e a Lei do Divórcio tratava da obrigação entre **cônjuges**.

41. Flávio Tartuce, O princípio da solidariedade..., 27.

42. Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de Direito de Família, 87.

43. STJ – Súmula 336: A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente.

44. Revisão de benefício. Pensão por morte. Percentual. O rompimento da relação conjugal, de fato ou de direito, não se constitui em óbice à percepção da pensão por morte, desde que mantida a dependência econômica. Isso porque a legislação previdenciária não pode desabrigar a ex-esposa ou ex-companheira, se essa tem direito a alimentos, motivo pelo qual se faz imprescindível estabelecer o nexo de dependência entre a parte-requerente e o *de cujus*, inclusive nos casos em que há renúncia aos alimentos na separação judicial ou no divórcio. Havendo mais de um pensionista de mesma classe a pensão por morte será rateada entre todos em parte iguais. Apelação da parte autora improvida. (TRF3ª Reg. – AC 00298821720074039999 SP, 8ª T., Rel. Des. Federal Luiz Stefanini, j. 05/03/2018).

Apesar dos termos claros da lei, não era aceita a transmissão do encargo decorrente do **casamento**, sob o fundamento de o cônjuge sobrevivente fazer jus ao **direito real de habitação** ou, a depender do regime de bens, ao **usufruto** de parte da herança. O exemplo sempre trazido para evidenciar a inaceitabilidade da transmissão do encargo era a possibilidade de o cônjuge sobrevivente pleitear alimentos dos filhos do *de cujus*, nascidos de casamento anterior. Assim, os órfãos, que não podiam sequer dispor da residência do pai (em face do direito de habitação da viúva), teriam de pagar alimentos a ela. Como essa possibilidade repugna ao senso de Justiça, consolidou-se a tendência de não admitir a transmissão da obrigação alimentar. Transmitia-se somente a **dívida alimentar**, isto é, as prestações vencidas e não pagas até a data do falecimento do alimentante.

Agora os alimentos são tratados de modo indistinto pelo Código Civil, que fala dos alimentos entre parentes, cônjuges ou companheiros (CC 1.694). E diz que (CC 1.700): *A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor.*

Apesar dos claros termos da lei, mesmo com relação ao dever alimentar **entre parentes consanguíneos**, a resistência é grande, sob a alegação de que a transmissibilidade do encargo geraria **desequilíbrio** na divisão da herança. Por exemplo, falecido o alimentante, ao se transmitir aos filhos maiores a obrigação alimentar em relação ao irmão menor, este perceberia herança em valor superior aos demais, em flagrante quebra do princípio da divisão igualitária dos quinhões. Daí sustentar a doutrina o cabimento da imposição do encargo alimentar somente até ser ultimada a partilha dos bens, mediante a devida **compensação**, para que o alimentado-herdeiro não receba duplamente.[45]

Cristiano Chaves diz ser injusto e ilegal conceder alimentos ao herdeiro, o que atenta à regra constitucional da igualdade substancial.[46] Fabiana Domingues Cardoso, no entanto, responde com propriedade. A alegada desigualdade entre filhos do autor da herança, não parecer ser o melhor argumento, com o devido respeito, pois, se até o falecimento tal filho era alimentando, já havia uma situação diferente em relação aos demais irmãos. E, diga-se, os irmãos podem ter usufruído anteriormente, por conta da idade ou condições da mesma fonte de auxilio, daquele mesmo pai, porém

45. Neste sentido: Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de Direito de Família, 151; e Rolf Madaleno, Direito de Família, 844.

46. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil: Famílias, 596.

em épocas diversas. Ou seja, o herdeiro-filho que diante da abertura da sucessão do pai, recebe o encargo de alimentar o seu irmão, provavelmente, foi alimentando pelo mesmo genitor, em outra época, o que amenizaria o argumento da desigualdade.[47]

A solução preconizada por Zeno Veloso é que o art. 1.700 do CC só tem aplicação se o alimentante não for herdeiro do devedor de alimentos.[48] Essa, porém, não é a orientação da jurisprudência. A tendência é compensar o valor recebido a título de alimentos depois da morte do devedor, com o quinhão hereditário. Ou seja, do que receber a título de herança, são abatidos os alimentos pagos pelo espólio.

Sob a justificativa de a obrigação ser personalíssima, a tendência é transmitir aos herdeiros somente a responsabilidade por eventual **débito alimentar**. No entanto, como a lei fala em transmissibilidade da **obrigação**, não é necessário que o encargo tenha sido imposto judicialmente antes do falecimento do alimentante.[49]

De todo descabida a exigência de que o encargo tenha sido **pré-constituído**, para se invocar a aplicação da regra da transmissibilidade. Até porque é possível que o falecido estivesse cumprindo voluntariamente a obrigação. Caso em que a ação pode ser proposta *post mortem*.[50] Mas a jurisprudência insiste em não ler com a devida cautela o que diz a lei e somente admite a cobrança dos alimentos não pagos pelo falecido.

O pedido de alimentos não cabe ser formulado nos autos do inventário, devendo ser proposta ação própria.

Apesar de a lei falar em transmissão aos herdeiros, a obrigação ocorre relativamente ao **espólio**.[51] De qualquer forma, em sede de execução, descabe a **prisão do inventariante**.[52]

---

47. Fabiana Domingues Cardoso, A indignidade no direito aos alimentos, 440.
48. Zeno Veloso, Código Civil comentado, 40.
49. Maria Berenice Dias, Manual das Sucessões, 252.
50. Neste sentido: Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald e Yussef Cahal.
51. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 378.
52. Alimentos. Execução. Espólio. Descumprimento. Prisão civil do inventariante. Impossibilidade. 1. Malgrado a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o alcance da alteração sobre o tema no âmbito do Código Civil de 2002, e apesar de sua natureza personalíssima, o fato é que previu o novo Código que "a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor" (art. 1.700), não podendo a massa inventariada nem os herdeiros, contudo, responder por valores superiores à força da herança, haja vista ser a dívida oriunda de obrigação pretérita do morto e não originária daqueles (arts. 1.792 e 1.997 e En. 343 do CJF). 2.

O ônus imposto não pode ser superior às **forças da herança** (CC 1.792).[53] Não havendo bens, ou sendo insuficiente o acervo hereditário para suportar o pagamento, não há como responsabilizar pessoalmente os herdeiros pela manutenção do encargo.[54] Procedida à partilha, não mais cabe falar em **sucessores**, os quais não respondem com seu patrimônio particular pelo pagamento de obrigação alimentar do devedor falecido.

Como, em regra, o **credor** dos alimentos é herdeiro, ao receber seu quinhão hereditário passa a prover à própria subsistência. Se para isso não é suficiente a herança percebida, surge o direito de pleitear alimentos frente aos **parentes**. Mas é obrigação de outra origem, tendo por fundamento a solidariedade familiar (CC 1.694).

Não é possível confundir **crédito** alimentar e **débito** de alimentos. Ainda que o crédito de alimentos seja personalíssimo, não se transferindo a obrigação aos herdeiros do alimentante, o débito por ventura existente quando da morte do devedor, deve ser pago pelo seu espólio.[55]

Nessa ordem de ideias, e seja qual for a conclusão quanto à transmissibilidade ou não da obrigação alimentar, não parece possível a decretação de prisão civil do inventariante do Espólio, haja vista que a restrição da liberdade constitui sanção também de natureza personalíssima e que não pode recair sobre terceiro, estranho ao dever de alimentar, como sói acontecer com o inventariante, representante legal e administrador da massa hereditária. 3. De fato, "a prisão administrativa atinge, apenas, ao devedor de alimentos, segundo o art. 733, § 1º, do CPC, e não a terceiros" e em sendo o inventariante um terceiro na relação entre exequente e executado. [...] (STJ – AREsp 1218260 ES 2017/0314458-4 (Dec. monocrática), Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 12/09/2018).

53. JCJF – Enunciado 343: A transmissibilidade da obrigação alimentar é limitada às forças da herança.

54. Euclides de Oliveira, Alimentos:..., 292.

55. [...] Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a obrigação de prestar alimentos se extingue com a morte do devedor, eis que os débitos alimentares possuem natureza personalíssima, de modo que o espólio só terá responsabilidade pelo pagamento dos débitos alimentares porventura não quitados pelo falecido em vida. Nos termos do art. 1.997, do Código Civil a herança responde pelos pagamentos das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube. Não consistindo a pensão por morte em herança, mas em benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado, inviável se revela o restabelecimento de pensão alimentícia sobre benefício percebido pelo cônjuge do falecido devedor. Recurso desprovido. (TJMG – AI 10701071874351003, Rel. Amorim Siqueira, j. 18/08/2020).

Outra hipótese é quando ocorre o falecimento do **credor** dos alimentos. Ainda que cesse a obrigação alimentar, o espólio do falecido tem legitimidade para prosseguir com a execução.[56]

Já que se está falando em alimentos e em morte, cabe atentar que, no âmbito do **direito previdenciário**, a distribuição do valor da pensão é, no mínimo, inusitada. Elenca a lei como beneficiários o cônjuge e o companheiro (Lei 8.213/1991, 16). Havendo mais de um pensionista, a pensão é rateada entre todos em partes iguais (Lei 8.213/1991 77). Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos[57] admite a divisão entre a cônjuge e a companheira. Isto é, independentemente do percentual de alimentos pagos, a pensão não obedece à mesma proporção. Cabe um exemplo: um homem paga 5% de alimentos à ex-mulher e vive há muitos anos com uma companheira. Quando do falecimento dele, cada uma perceberá 50% do valor da pensão. Não há quem possa acreditar que esta solução seja justa! Necessário reconhecer que a determinação de divisão igualitária cabe somente quando inexiste prévia estipulação em sentido contrário.

31.6. CULPA

Tanto parentes quanto cônjuges e conviventes têm direito de pleitear alimentos para viver de modo compatível com sua condição social (CC 1.694). Porém, se a **situação de necessidade** resultar de culpa do alimentando, diz a lei que o alimentando faz jus apenas ao **indispensável à sua subsistência** (CC 1.694 § 2.º). Seja quem for que busque alimentos – filhos, parentes, cônjuge ou convivente –, a eventual limitação de valores estaria condicionada à comprovação de que o estado de necessidade não surgiu por responsabilidade sua.

A penalização atingiria qualquer beneficiário, sem distinção da origem do encargo. A restrição quantitativa dos alimentos, em decorrência da culpa do credor, incidiria quando a obrigação alimentar decorresse tanto do dever de mútua assistência, quanto do dever de solidariedade e até do poder

56. Execução de alimentos. Morte do credor/alimentado. Extinção do feito. Impossibilidade. Prosseguimento da execução. [...] 1. O caráter personalíssimo da obrigação alimentar não afasta o direito de recebimento de parcelas devidas antes do óbito do alimentado, cujo crédito já havia incorporado ao seu patrimônio, havendo a possibilidade de seus sucessores efetuarem a respectiva cobrança. [...] (TJRS – AC 70078689346 RS, 8ª C. Cív., Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j.21/03/2019).

57. TRF – Súmula 159: É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos.

familiar. Desse modo, nas demandas alimentícias de qualquer natureza, haveria mais um fundamento a integrar a lide: a perquirição da culpa para sua quantificação. Em face disso construiu-se toda uma teoria, distinguindo as expressões "**culpa pela situação de necessidade**" e "**culpa pela separação**". Ainda que ambas pudessem ter o mesmo efeito – limitar o valor dos alimentos –, não teriam a mesma extensão nem iguais destinatários.

Ora, sempre que se perquire culpa, atenta-se à dignidade da pessoa (CR 1.º III) e se afronta o direito à privacidade e à intimidade (CR 5.º X), princípios consagrados constitucionalmente. A verba alimentar é indispensável à sobrevivência e os parâmetros para sua fixação só podem estar atrelados à necessidade de quem os pleiteia e à possibilidade de quem os paga (CC 1.694 § 1.º). Assim, é de todo descabido impor um fator redutor com base na culpa (CC 1.694 § 2.º, 1.702 e 1.704 e seu parágrafo único).

Com relação aos alimentos entre **cônjuges**, o Código Civil, atendendo aos reclamos da doutrina, baniu a odiosa regra que excluía o direito a alimentos do culpado pela separação existente na legislação pretérita. Admite a concessão de alimentos também ao responsável pelo fim do casamento, impondo somente diferenciação de valores. Sublinha, com requinte de detalhes, a culpa como parâmetro na quantificação do encargo a favor do ***cônjuge culpado*** (CC 1.704 parágrafo único): *o* ***responsável pela separação*** *fará jus a alimentos, em valor indispensável à sobrevivência, quando não tiver aptidão para o trabalho e não existirem parentes em condições de arcar com o pensionamento.*

A EC 66/2010 esvaziou a busca de motivos para a dissolução do casamento. Dessa forma, as previsões legais (CC 1.702 e 1.704), impondo a redução do pensionamento ao cônjuge culpado, restaram derrogadas. E nada mais justifica pretender a identificação de quem deu causa à situação de necessidade para o estabelecimento do encargo alimentar. Como não mais cabe perquirir a "culpa pela separação", é necessário subtrair toda e qualquer referência de ordem motivacional para quantificar, os alimentos sejam fixados em benefício de quem forem (CC 1.694 § 2.º).

Excluído o elemento culpa pela separação, não subsistem as outras limitações com referência aos demais beneficiados. De qualquer modo, não há como impor a redução do valor dos alimentos devidos pelos pais aos filhos, pois eventual postura culposa pela situação de necessidade não afeta o **dever de mútua assistência**. Assim, não cabe sequer o achatamento do valor dos alimentos. Necessidade e possibilidade são os únicos balizadores a estabelecer o dever alimentar.

Via de consequência, esvaziado de conteúdo os demais pressupostos legais (CC 1.704 parágrafo único). O ex-cônjuge é o primeiro obrigado, não havendo motivo para repassar o ônus a **parentes**, ainda que eles tenham condições de prestar os alimentos. Igualmente, a **capacidade laboral** do alimentado não precisa ser investigada. Como necessidade não se confunde com potencialidade para o desempenho de atividade laboral, a existência de condições para o trabalho não veda a concessão de alimentos. Somente a ausência da necessidade, isto é, a percepção de ganho suficiente a resguardar a subsistência, pode liberar o cônjuge do dever alimentar.

Nesse sentido, a doutrina majoritária afasta qualquer questionamento sobre culpas ou responsabilidades, quando da fixação do encargo alimentar entre cônjuges, devendo atentar-se somente ao binômio possibilidade-necessidade. É o que diz Rodrigo da Cunha Pereira: *a pensão alimentícia não pode estar vinculada à culpa, sob pena de se condenar alguém a passar fome ou extrema necessidade.*[58] Esta é a posição também de Paulo Lôbo: *quanto aos alimentos, o art. 1.694 prevê o direito ao cônjuge de pedir alimentos ao outro, desaparecendo a modalidade de alimentos de subsistência, pois estava vinculada à culpa pela separação.*[59] Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona comungam do mesmo entendimento: *não mais existe fundamento para a discussão da culpa em sede de separação e divórcio.* Não é preciso muito esforço hermenêutico para chegar à conclusão de que, com o fim da aferição da culpa e na seara do descasamento, a fixação dos alimentos devidos deve ser feita com amparo na necessidade ou vulnerabilidade do credor, na justa medida das condições econômicas do devedor. Apenas isso.[60]

31.7. CASAMENTO

A **solidariedade familiar** que decorre do **dever de mútua assistência**, gera a responsabilidade pela subsistência do consorte. É um dos efeitos do casamento que independe da vontade dos noivos. Trata-se de ônus que surge na solenidade das núpcias.

Quando do fim da união, quer em decorrência da separação de fato ou do divórcio, por imposição legal persiste o dever de sustento, a título de alimentos. Tanto que é ineficaz a renúncia de alimentos no **pacto antenupcial**.

58. Rodrigo da Cunha Pereira, Divórcio:..., 51.
59. Paulo Lôbo, Alteração constitucional e suas consequências.
60. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, O divórcio na atualidade, 111.

Basta haver a necessidade de um para prover a própria subsistência e a possibilidade do outro. Atentando à realidade decorrente de um padrão social extremamente conservador e patriarcal, de um modo geral, é a mulher que faz jus a alimentos. Ainda acontece: ela se dedica ao cuidado dos filhos, do marido, da casa e esquece de cuidar de si.

Cada vez mais a jurisprudência é mais restritiva na concessão de alimentos à mulher. Há a tendência de deferir-lhe **alimentos transitórios**, sob justificativa que não devem ser permanentes. Ora, é de todo descabido estabelecer **prazo** para o término do encargo, como se fosse possível prever uma data para o fim da necessidade. Trata-se de obrigação sujeita-se ao à regra *rebus sic stantibus*. Ou seja, são devidos enquanto subsistirem as premissas que levaram à sua concessão.[61]

O descumprimento do dever de sustento pode configurar **violência patrimonial**, uma das modalidades da **violência doméstica** (LMP 7.º IV): subtração de recursos econômicos destinados a satisfazer as necessidades da mulher.

61. Alimentos. Ex-cônjuge. Condição. Autonomia financeira. Inocorrência. Dedicação à família por mais de 15 anos. Falta de qualificação. Dificuldades financeiras. Binômio possibilidade/necessidade. [...] 1. O dever de prestar alimentos entre os cônjuges decorre dos princípios da solidariedade e do dever de assistência mútua, que irradiam seus efeitos mesmo após a dissolução conjugal. A doutrina e a jurisprudência mitigam a necessidade alimentar entre os ex-consortes, na medida em que o fim do relacionamento deve estimular a independência de cada um, o que reserva a manutenção da prestação apenas em casos excepcionais como enfermidade, idade ou ausência de capacidade laborativa e inserção no mercado de trabalho. Precedentes do STJ. 3. A Constituição Federal de 1988 consagrou uma nova percepção para a igualdade dos gêneros e a emancipação feminina, mas as mudanças sociais têm reflexos mais lentos nas relações já construídas, principalmente dentro de um contexto de forte influência patriarcal ainda existente. 4. Nos casos em que a mulher, ainda que não possua idade avançada, mas tenha dedicado a maior parte de sua vida ao casamento e à criação dos filhos, a inserção no mercado de trabalho com qualificação média e na situação adversa da economia do país atualmente, é um desafio muitas vezes inalcançável. É preciso ponderar acerca do quadro de calamidade na saúde pública pelo qual atravessa o país, para se fixar o prazo final de pensionamento. 5. Incide nas obrigações de prestar alimentos à cláusula, isto é, o dever persiste *rebus sic stantibus* enquanto subsistirem os requisitos que levaram ao seu estabelecimento. Com o devido cuidado e adequação, decerto, no que se refere aos alimentos transitórios para ex-cônjuge que, como são de sua própria natureza, não visam à perenização da obrigação. 6. A prestação alimentícia deve ser proporcional, a fim de que haja um equilíbrio entre as necessidades atuais da alimentanda e os recursos percebidos pelo responsável pelo seu pagamento. 7. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJDF – AC 0702433-52.2019.8.07.0016, Rel. Des. Luis Gustavo Barbosa de Oliveira, j. 08/06/2020).

Ainda que residindo sob o mesmo teto, encontrando-se o casal **separado**, nada impede a fixação de alimentos.

A tendência é reconhecer que, depois da **separação de fato** – ou mesmo da separação de corpos – um cônjuge pode pedir alimentos ao outro, por persistir o dever de mútua assistência. Depois do **divórcio**, não, sob o fundamento de já estar dissolvido o vínculo matrimonial. No entanto, fixados alimentos, quando do divórcio, a obrigação não se extingue.

A reforma constitucional que eliminou a **separação** (EC 66/2010) pôs um fim também ao instituto da culpa e acabou por revogar os arts. 1.702 e 1.704 da lei civil. Para o estabelecimento da obrigação alimentar cabe atender exclusivamente o critério da proporcionalidade.

Não dispõe o cônjuge do direito de desfrutar da mesma condição econômica que o alimentante venha a obter posteriormente. Eventual melhora nos ganhos do obrigado não configura desproporção, a ponto de ensejar a redefinição do encargo alimentar. Afinal, não colaborou para a melhora das possibilidades do devedor. Só se justifica a revisão se o credor comprovar aumento de suas necessidades.

O Código Civil assegura a todos – inclusive ao cônjuge **inocente e desprovido de recursos** (CC 1.702) – o direito de viver de modo compatível com sua condição social e ter atendidas as necessidades de educação (CC 1.694). Já o cônjuge "culpado" podia receber alimentos, mas com restrições de todas as ordens (CC 1.704). Ou seja, em princípio, o cônjuge culpado pelo término do vínculo conjugal não podia buscar alimentos. Somente em **caráter excepcional**, a ele era assegurada verba alimentar, limitada ao atendimento das necessidades mínimas: o indispensável à sua sobrevivência (CC 1.704 parágrafo único). Eram concedidos alimentos exclusivamente se não tivesse aptidão para o trabalho nem parentes que o pudessem socorrer. Nesta hipótese é que o ex-cônjuge poderia ser condenado a pensioná-lo, de modo a permitir-lhe exclusivamente o atendimento do **mínimo vital**.

Além de alimentos, o cônjuge tem direito a **parte da renda líquida** dos bens comuns (LA 4.º parágrafo único), não só no regime da comunhão de bens, mas em todos em que haja bens comuns e que permanecem na posse e administração de só um dos cônjuges. São nada mais do que os **frutos** correspondentes à **meação**, a serem pagos até a ultimação da partilha. De modo frequente tal direito é chamado de **alimentos compensatórios**.

O fato de o cônjuge restar com bens quando da dissolução do casamento não afasta eventual direito a alimentos. Tal somente ocorre se o patrimônio recebido render frutos que garantam sua subsistência. Não há como exigir que alguém aliene ou onere seu patrimônio para atender às

necessidades de sobrevivência. Ainda que disponha de patrimônio próprio, pode, apesar disso, achar-se em situação de necessidade, principalmente quando seus bens não geram renda.

31.8. DIVÓRCIO

A obrigação alimentar em favor do cônjuge tem fundamento no **dever de cuidado**, nada mais do que o adimplemento da promessa "na riqueza ou na pobreza" feita quando do casamento. Flávio Tartuce chama de **alimentos pós-divórcio** o direito a alimentos depois de dissolvido o casamento, tendo como origem os **princípios da solidariedade** (CR 3.º I) e da **dignidade humana** (CR 1.º III).[62]

A obrigação alimentar entre cônjuges e companheiros está prevista sem quaisquer restrições temporais (CC 1.694). Findo o casamento, ou a união estável, perdura o dever de mútua assistência e a obrigação alimentar após sua dissolução. Apesar de a lei não admitir tal expressamente, não se pode chegar à conclusão diversa.

A doutrina não vê qualquer limitação à possibilidade de serem buscados alimentos depois de decretado o divórcio.[63] Sérgio Gischkow Pereira é enfático: acho sério equívoco absolutizar a asserção de que, após decretado o divórcio, não mais é lícito pedir alimentos. Trinta, quarenta, cinquenta anos de casamento não podem ser reduzidos à eficácia zero apenas porque foi decretado o divórcio.[64]

No entanto, a jurisprudência considera que, depois do divórcio, em face da dissolução do vínculo conjugal, não é possível pleitear alimentos. Deste modo, os alimentos precisam ser buscados na **ação de divórcio**. Na inicial o autor deve cumular pedido de alimentos. E, se é o réu quem almeja alimentos, pode e deve opor **reconvenção**. A ação de divórcio não dispõe de natureza dúplice.[65] No entanto, se na demanda de divórcio houve

---

62. Flávio Tartuce, Código Civil comentado... p. 1319.
63. Neste sentido: Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 466; e Arnaldo Rizzardo, Direito de Família, 783, Flávio Tartuce, Manual de Direito Civil, 1.346; Cristiano Chaves de Farias e Nelson Resenvald, Curso de Direito Civil: Famílias, 768.
64. Sérgio Gischkow Pereira, Direito de Família:..., 162.
65. Ação de divórcio. Natureza dúplice afastada. Pedido contraposto. Contestação. Impossibilidade. Alimentos. Partilha de bens não arrolados na inicial. Necessidade de reconvenção. 1. A ação de divórcio não possui natureza dúplice; eventual pedido contraposto, que contenha pretensão própria, deve ser arguido em reconvenção, que não foi apresentada. 2. Apelação conhecida e desprovida. (TJDF – AC

oferta de alimentos, descabido o uso da via reconvencional para buscar a majoração.[66]

De tão óbvio, seria desnecessário dizer a lei que o **casamento** do **devedor** de alimentos não extingue a obrigação alimentar de vínculo anterior (CC 1.709). O dever alimentar cessa somente pelo **novo casamento** do **beneficiário** (CC 1.708). Como só há a possibilidade de novas núpcias após o divórcio, está claro que persiste o encargo mesmo estando os cônjuges divorciados.[67]

Não só o casamento, também a **união estável** ou o **concubinato** do credor faz cessar o encargo alimentar do ex-cônjuge.[68] A obrigação de mútua assistência passa a ser do novo parceiro. Ou seja, para a cessação do direito a alimentos, é necessário ocorrer o casamento ou o reconhecimento de união estável do beneficiário.[69]

É no mínimo incongruente excluir a obrigação alimentar na hipótese de concubinato pois expressamente tal não constitui união estável (CC 1.727). Ora, se não é união estável, não existe o dever de mútua assistência.

20161210042743 – 0004180-95.2016.8.07.0012, 8ª T. Civ., Rel. Diaulas Costa Ribeiro, j. 06/07/2017).

66. Divórcio. Alimentos. Reconvenção. Desnecessário o ajuizamento de reconvenção para pleitear valor superior ao ofertado na inicial da ação, uma vez que o quantitativo alimentar já é objeto da ação e a oferta tem caráter meramente estimativo, não impedindo a fixação da verba em valor superior. [...] (TJRS – AC 70081323461, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 30/05/2019).

67. Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 83.

68. Exoneração de alimentos. Ex-esposa. União estável da credora com outro homem. Prova. 1. A obrigação alimentar vincula-se à clausula *rebus sic stantibus*, podendo ser revisada sempre que ocorrer substancial alteração no binômio possibilidade e necessidade, sendo possíveis os pleitos de redução, majoração ou exoneração de alimentos. 2. Havendo elementos de convicção sólidos de que a credora de alimentos mantém união estável ou concubinária com outro homem, tal fato faz cessar o dever de prestar a pensão alimentícia de parte do ex-marido *ex vi* do art. 1.708 do CCB. Recurso desprovido. (TJRS – AC 70078676814 RS, 7ª C. Civ., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 31/10/2018).

69. Ação de alimentos. Divórcio. [...] com o divórcio, cessou o dever conjugal de mútua assistência, eis que dissolvido o vínculo matrimonial e, por consequência, os deveres a ele inerentes. O caso, porém, tem uma peculiaridade. É que, quando do divórcio, ficou ressalvada a possibilidade da ora apelante pleitear alimentos em ação futura. Diante disso, abre-se a possibilidade desta demanda. Entretanto, a prova demonstra que, após a separação dos litigantes a autora/apelada viveu em união estável, resultando desse relacionamento uma filha. Esse fato afasta de vez a obrigação alimentar do ex-marido. Art. 1.708 do CCB. Negaram provimento. Unânime. (TJRS – AC 70079174769 RS, 8ª C. Civ., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 18/10/2018).

Mesmo assim, nenhum desses acontecimentos autoriza o alimentante a cessar, por conta própria, o pagamento dos alimentos. Necessário que promova a competente **ação exoneratória**.

O simples **namoro** não pode levar à exoneração, pois o direito a alimentos não impõe ao credor dever de **fidelidade** para com quem lhe paga alimentos. Desse modo, sem o desejo de constituir família e não residindo os namorados sob o mesmo teto, embora exista entre eles afinidade, afeto e relações sexuais, não pode o beneficiário ser alvo de exoneração do crédito alimentar.[70]

31.9. NULIDADE DO CASAMENTO

Enquanto não anulado o casamento, mesmo durante o processo de sua desconstituição, persiste o dever de assistência recíproca,[71] independentemente de indagação acerca da boa ou má-fé de qualquer dos cônjuges. Remanescendo a obrigação de mútua assistência, basta haver a necessidade de um e a possibilidade do outro para que sejam fixados alimentos. Assim, é possível a concessão de alimentos **provisórios** nas ações de anulação de casamento. Não cabe qualquer distinção quanto ao vício que macula o casamento, se nulo ou anulável (LA 13). O réu pode formular pretensão de alimentos por meio de **reconvenção**.

Reconhecida a nulidade do casamento e desconstituído o vínculo matrimonial, para saber se persiste a obrigação alimentar é necessário fazer algumas distinções. **Anulado o casamento** por vício absoluto ou relativo, os efeitos da sentença **retroagem** à data do matrimônio (CC 1.563). O enlace conjugal desaparece do mundo jurídico, nada remanescendo entre os cônjuges, nem a obrigação alimentar, cessando o encargo fixado em caráter provisório. O pensionamento deve ser pago até a data do **trânsito em julgado** da decisão que decreta a nulidade do casamento,[72] não havendo como falar em devolução, porquanto legítimos os alimentos percebidos.

No entanto, em se tratando de **casamento putativo** (CC 1.561), reconhecida a necessidade do cônjuge de **boa-fé**, jus a alimentos, mesmo depois de desconstituído o enlace conjugal. Os alimentos podem ser deferidos na própria ação anulatória, dispondo de **efeito retroativo** à data da citação (LA 13 § 2.º). Apesar de a **culpa** não mais ser causa de exclusão do direito alimentar, na ação

70. Rolf Madaleno, Direito de Família, 737.
71. Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 257.
72. Idem, ibidem.

anulatória do casamento a **má-fé** do cônjuge impede a obtenção de alimentos. Somente para o consorte de boa-fé o casamento existiu (da celebração à anulação), fazendo jus a alimentos mesmo depois de anulado o casamento.

A obrigação alimentar não se confunde com o dever de reparação dos **danos morais** causados pelo cônjuge cuja má-fé ensejou a anulação do casamento, ainda que tal ressarcimento possa ser pago sob a forma de pensão alimentícia.[73]

31.10. UNIÃO ESTÁVEL

A obrigação alimentar decorrente da união estável, como bem lembra Francisco Cahali, mereceu, em 1994, a edição de uma lei (Lei 8.971/1994); em 1996, um artigo de lei (Lei 9.278/1996 7º); e na lei civil uma única palavra (CC 1.694).[74]

Ainda que nada diga o capítulo do Código Civil que trata da união estável (CC 1.723 a 1.727), existe a obrigação alimentar entre companheiros decorrente do dever de assistência (CC 1.724).

A união estável termina pela simples cessação da vida em comum, e a sua dissolução não depende de intervenção judicial. Mesmo que seja necessário buscar em juízo o reconhecimento de sua existência, limita-se a sentença a fixar o período de sua vigência, nada podendo ser ventilado em termos de **culpa**. Os dispositivos legais que restringiam a obrigação a simples garantia de subsistência (CC 1.702 e 1.704 parágrafo único) fazem referência aos cônjuges. Do mesmo modo, a limitação do valor dos alimentos por culpa pela situação de necessidade (CC 1.694 § 2.º), não podendo ser invocada para limitar o valor dos alimentos entre os conviventes.

Como o STJ reconheceu a **inconstitucionalidade** da diferenciação entre casamento e união estável, levada a efeito pelo art. 1.790 do CC,[75] a decisão não se limita ao regime da concorrência sucessória. Espraia-se para todas as regras da legislação infraconstitucional que confere tratamento desigual entre os dois institutos, deve prevalecer a regra que concede mais benefícios. Assim, não cabe impor tratamento diferenciado entre casamento e união estável –

73. Idem, 267.

74. Francisco José Cahali, Dos alimentos, 236.

75. STF – Tema 809: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

distinção que a Constituição não faz –, imperioso conceder aos cônjuges a mesma possibilidade conferida aos conviventes de buscar alimentos.

31.10.1. União estável simultânea

Quanto às uniões estáveis mantidas paralelamente ao casamento, a jurisprudência insiste em condená-las à invisibilidade. Ou seja, por um gesto mágico do juiz, que se nega a reconhecer sua existência, a crença é de que o relacionamento vai desaparecer. O fundamento é de que tal postura afronta o princípio da monogamia, mas com isso incentiva os homens a manterem duplos relacionamentos. Afinal, não pega nada!

A postura é nitidamente punitiva à mulher. Tanto que só é reconhecido algum direito a ela, se provar que não sabia que o parceiro era casado ou tinha outra família.

No entanto, se ela afirma ter conhecimento de estar dividindo o seu homem com outra, é condenada à morte. Nenhum direito lhe é reconhecido, sequer direito a alimentos,[76] de quem lhe sustentou a vida inteira, certamente, com a promessa de que era a preferida e, com o tempo, se tornaria a mulher "oficial" e única.

O Código Civil traz o conceito de **concubinato** (CC 1.727): *As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.* Só que, em nenhum momento é afirmado que tais relacionamentos não geram qualquer direito, não constituem uma entidade familiar.

Bem ao contrário, é imposto ao concubino o dever de prover o sustento de seu par. Tanto que, com o concubinato de que recebia alimentos, cessa a obrigação de prestar alimentos (CC 1.708): *Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.*

---

76. União estável. Relacionamento paralelo à união estável. Pedido de alimentos. Descabimento. 1. A monogamia constitui princípio que informa o direito matrimonial, não se podendo reconhecer a constituição de uma união estável quando a pessoa for casada ou mantiver união estável com outra pessoa, razão pela qual o relacionamento adulterino não constitui união estável. 2. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*, e, não ficando demonstrada a intenção de formar um núcleo familiar, não se reconhece união estável. 3. Indemonstrada a existência de uma união estável, inexiste título capaz de albergar o pleito alimentar. Recurso desprovido. (TJRS – AI 70078041563 RS, 7ª C. Civ., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 27/02/2019).

Ora, se alguém percebe alimentos, é porque deles necessita. E presume a lei que, se o credor constitui nova entidade familiar, é porque alguém vai assumir o dever de mútua assistência.[77] Ou é isso, ou não haveria como cessar o encargo alimentar. Afinal, ao credor dos alimentos não é imposto o dever de fidelidade.

Mas nenhum desses argumentos convence a quem tem uma visão conservadora da família, dentro do modelo engessado do casamento.

Ao menos em um caso excepcional o STJ foi sensível, ao conceder alimentos a quem durante 40 anos foi sustentada pelo concubino.[78] Ao analisar o julgado, Leonardo Beraldo afirma que teria lugar o **princípio da boa-fé objetiva**, uma vez que foi gerada uma expectativa e uma confiança tão grandes na alimentanda que não poderia ser alterada. Também é um caso de ***surrectio*** pelo comportamento do concubino ao longo de mais de quatro décadas. Nasceu, portanto, para a concubina, o direito de receber alimentos.[79]

---

77. JCJF – Enunciado 265: Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração da assistência material prestada pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu.

78. Recurso especial. Concubinato de longa duração. Condenação a alimentos. Negativa de vigência de Lei Federal. Caso peculiaríssimo. Preservação da família x dignidade e solidariedade humanas. Sustento da alimentanda pelo alimentante por quatro décadas. Decisão. Manutenção de situação fática preexistente. Inexistência de risco para a família em razão do decurso do tempo. Comprovado risco de deixar desassistida pessoa idosa. Incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas. [...] 1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo. 2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer riso de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. 3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas – ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova inconteste da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda –, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial. [...] (STJ – REsp 1.185.337, 3ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17/03/2015).

79. Leonardo de Faria Beraldo, Alimentos no Código Civil, 113.

31.11. OBRIGAÇÃO DOS PAIS

Enquanto o filho se encontra sob o **poder familiar**, o pai não lhe deve alimentos, o dever é de **sustento**.[80] Trata-se de obrigação com assento constitucional (CR 229): *os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores*. Esses são os deveres inerentes ao **poder familiar** (CC 1.634 e ECA 22): sustento, guarda e educação.

Entre sustento e alimentos há considerável diferença. A obrigação de sustento é imposta a ambos os pais. Trata-se de **obrigação de fazer**. Não só a **separação** (CC 1.703), também o **divórcio**, a **anulação do casamento** e a dissolução da **união estável** mantêm inalterado o dever de sustento com relação aos filhos. Dispositivo com o mesmo teor se encontra entre os deveres dos cônjuges (CC 1.568). A preocupação com a guarda e o sustento dos descendentes é de tal ordem que é referida entre os deveres do casamento (CC 1.566 IV) e da união estável (CC 1.724), bem como quando se trata da separação e do divórcio (CC 1.579).

Quando concedida a **separação de corpos** e determinado o afastamento do agressor da morada comum, impositiva a concessão de **alimentos provisórios** a favor da prole (ECA 130 parágrafo único). Não apenas os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus ganhos, para o sustento da família e a educação dos filhos. A obrigação é idêntica em relação aos genitores que não foram casados, uma vez que o encargo alimentar decorre do **poder familiar** e não da condição matrimonial dos pais.

Normalmente a obrigação alimentar é imposta ao não guardião, mas é possível sua fixação ainda que residam os pais sob o mesmo teto.[81] Na **guarda compartilhada**, mesmo quando existe a divisão equilibrada do tempo de convívio (CC 1.583 § 2.º), o genitor com melhores condições econômicas não fica dispensado de alcançar alimentos ao filho.

---

80. João Baptista Villela, Procriação, paternidade e alimentos, 142.

81. Ação de divórcio litigioso. Cônjuges. Separação de fato. Coabitação sob o mesmo teto. Pedido de redução/exoneração da obrigação alimentícia. Dependência econômica das filhas menores e da ex-esposa comprovada. Ausência de demonstração de impossibilidade de pagar. Alimentos devidos. Decisão mantida. Recurso improvido. [...] 3. O simples convívio na mesma residência não exclui a possibilidade de se pleitear o pagamento de alimentos. 4. As necessidades das filhas menores de idade são presumidas, competindo aos genitores lhe prestar assistência. Outrossim, não há indícios de que as possibilidades do genitor não comportam o pagamento dos alimentos arbitrados. (TJBA – AI 00191829820168050000, 2ª C. Civ., Rel. Maurício Kertzman Szporer, p. 01/02/2017).

O encargo de prestar alimentos é **obrigação de dar**, representada pela prestação de certo valor em dinheiro.[82] Os alimentos estão submetidos a controles de extensão, conteúdo e forma de prestação. Fundamentalmente, acham-se condicionados pelas necessidades de quem os recebe e pelas possibilidades de quem os presta (CC 1.694 § 1.º).[83] Enquanto os filhos são menores, a **presunção de necessidade** é absoluta, ou seja, *juris et de jure*. Tanto é assim que, mesmo não requeridos alimentos provisórios, deve o juiz fixá-los (LA 4.º).

O adimplemento da **capacidade civil** aos 18 anos (CC 5.º), ainda que enseje o fim do poder familiar, não leva à extinção automática do encargo alimentar.[84] Após a maioridade é **presumível** a necessidade dos filhos de continuarem a perceber alimentos. No entanto, a presunção passa a ser *juris tantum*, enquanto os filhos estiverem estudando, pois compete aos pais o dever de assegurar-lhes educação (CC 1.694).[85]

Como a obrigação deriva da relação paterno-filial, descabido estabelecer **termo final** aos alimentos. O implemento da data eventualmente fixada não autoriza a cessação do pagamento. O cancelamento depende de decisão judicial.[86] A **exoneração** deve ser formulada em ação autônoma.

De todo desaconselhável o deferimento da exoneração em sede **liminar**. Não há como surpreender o credor cuja necessidade pode persistir caso não disponha de outra fonte de subsistência. Descabido extinguir a obrigação decorrente do poder familiar e impor ao filho que intente nova demanda para buscar alimentos tendo por fundamento o vínculo de parentesco. Nesse ínterim, não terá meios de prover à própria sobrevivência.

---

82. Yussef Said Cahali, Dos alimentos..., 80.

83. João Baptista Villela, Procriação, paternidade e alimentos, 142.

84. Exoneração de alimentos. Filho que atingiu a maioridade civil. Tutela antecipada deferida *initio litis* e inaudita altera a parte. Maioridade que, por si só, não conduz à automática exoneração do encargo. Necessidade de instauração do contraditório a fim de averiguar-se as reais necessidades do alimentado. Súmula 358 do Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido. A maioridade civil não extingue, de forma automática, o direito à percepção dos alimentos, o que somente é possível após a instauração do contraditório. (TJSC – AI 4018447-61.2019.8.24.0000, 3ª C. Dir. Civ., Rel. Fernando Carioni, j. 08/10/2019).

85. JCJF – Enunciado 344: A obrigação alimentar originada do poder familiar, especialmente para atender às necessidades educacionais, pode não cessar com a maioridade.

86. STJ – Súmula 358: O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.

O **casamento** do filho ou passar ele a viver em **união estável** ou em **concubinato** são fatos que não ensejam, por si, a exclusão da obrigação alimentar dos pais. Ainda que surja o dever de mútua assistência entre cônjuges e companheiros, tal não autoriza a cessação unilateral do pagamento dos alimentos.

A autorização ao filho havido **fora do casamento** de acionar o pai para obter alimentos (CC 1.705), segundo Yussef Cahali, é desnecessária, ultrapassada e até retrógrada na mentalidade.[87] Inexistindo obstáculo para o filho buscar seu reconhecimento, não se justifica o dispositivo, até porque o juiz, de ofício, é obrigado a fixar alimentos, tanto na ação alimentar (LA 4.º) como na investigatória de paternidade (Lei 8.560/1992 7.º).

Apesar de sua infeliz redação, e reconhecido como de patente inconstitucionalidade,[88] talvez inexista mácula de tamanha dimensão. Seu sentido é afirmar que, havendo vínculo parental ou de parentesco, é desnecessário prova **pré-constituída** da obrigação alimentar para ser pleiteada pensão. A intenção é assegurar ao filho direito de pedir alimentos ao genitor, independentemente do reconhecimento da filiação. Ou seja, existindo **indícios do vínculo de paternidade**, ainda que não constituída judicialmente a filiação, possível a busca de alimentos não só em relação ao genitor, mas também dos demais parentes. Cabe figurar um exemplo: havendo prova incontroversa da paternidade (por exemplo, exame positivo do DNA), mesmo antes da sentença que declare a paternidade nada impede a busca de alimentos contra os **avós**, bastando estar comprovada a impossibilidade do investigado de arcar com o pensionamento.

Mesmo quando é deferida a guarda a **terceiros**, subsiste o dever dos genitores de prestar alimentos (ECA 33 § 4.º).

A **perda do poder familiar** não exclui o dever, uma vez que persiste o vínculo de parentesco **biológico.**[89]

31.12. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA

Quando se fala em obrigação alimentar dos pais sempre se pensa no **pai registral**, que, no entanto, nem sempre é o **pai biológico**. Com o prestígio da **filiação socioafetiva** – que, inclusive, prevalece sobre o vín-

87. Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 232.
88. Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós no Direito de Família:..., 58.
89. FONAJUP – Enunciado 20: A perda do poder familiar, por sentença irrecorrível, não extingue a obrigação alimentar que decorre do vínculo de parentesco.

culo jurídico e o genético –,[90] essa mudança se reflete no dever de prestar alimentos. A **posse de estado de filho** é uma modalidade de parentesco civil,[91] e não pode ser rompida se vier em detrimento do melhor interesse do filho.[92]

Deve alimentos quem desempenha as funções parentais. Obrigação que se estende aos demais parentes (CC 1.696).[93]

Mesmo comprovada a inexistência do vínculo biológico, presente a filiação socioafetivo, persiste a obrigação alimentar do pai registral.[94]

O filho tem direito aos alimentos dos pais genéticos não apenas quando ocorre a impossibilidade de alimentação pelos pais afetivos, mas também quando há necessidade de complementação da verba alimentar.[95]

No dizer de Rolf Madaleno, em tempo de verdade afetiva e da supremacia dos interesses da prole, que não pode ser discriminada e que tampouco admite romper o registro civil de sua filiação social já consolidada, não transparece nada contraditório estabelecer nos dias de hoje a **paternidade meramente alimentar**. Nela, o pai biológico pode ser provocado a prestar sustento integral a seu filho de sangue, sem que a obrigação material importe qualquer possibilidade de retorno à sua família natural, mas que apenas garanta o provincial efeito material de assegurar ao filho rejeitado

---

90. STF – Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.
91. JCJF – Enunciado 256: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.
92. JCJF – Enunciado 339: A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.
93. JCJF – Enunciado 341: Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.
94. Ação de alimentos. Fixação de pensão provisória. Pedido incidental de revogação da decisão, com base em exame particular de paternidade, cujo resultado foi negativo. [...] Direito de filiação. Defendida a existência de vínculo socioafetivo, independentemente do biológico. Tese verossímil. [...] O fato de o pai registral demandar judicialmente a anulação do registro de filiação não necessariamente afasta a possibilidade de que no plano fático esse vínculo de parentesco exista. A paternidade socioafetiva não pode ser imposta, mas não é razoável presumir sua inexistência tão somente porque o suposto pai assim pretende. [...] (TJSC – AC 03005156320188240041 Mafra 0300515-63.2018.8.24.0041, 4ª C. Cív., Rel Helio David Vieira Figueira dos Santos, j. 02/07/2020).
95. Belmiro Pedro Welter, Teoria tridimensional do Direito de Família, 232.

a vida digna, como nas gerações passadas, em que só podia alimentos do seu pai que era casado e o rejeitaria.[96]

A tendência é reconhecer a **concorrência** da obrigação alimentar do pai registral, do biológico e do pai afetivo. Daí ser de todo defensável a possibilidade de serem reivindicados alimentos do genitor biológico, diante da impossibilidade econômico-financeira ou menor capacidade alimentar do genitor socioafetivo, que não está em condições de cumprir satisfatoriamente com a real necessidade alimentar do filho que acolheu por afeição.[97]

31.12.1. Multiparentalidade

O florescer da afetividade como elemento definidor das relações familiares provocou a maior revolução no âmbito do Direito de Família, a ponto de mudar o próprio nome deste ramo do Direito. Passou a se falar em Direito das Famílias.

A mudança não ocorreu somente no âmbito da de conjugalidade, mas também nos vínculos parentais. A **posse de estado de filho** levou ao reconhecimento da socioafetividade.

A ascensão do **afeto** como categoria central na determinação do conteúdo jurídico da filiação ensejou a inserção da expressão "**ou outra origem**", no artigo da lei civil que dispõe sobre o parentesco (CC 1.593).[98]

E, a partir do momento em que o STF[99] admitiu a coexistência da filiação biológica e socioafetiva, abriu-se o espaço para o reconhecimento jurídico da multiparentalidade.

Configurado mais de um vínculo parental, costumeiramente o filho é visto como "beneficiado". No entanto, em respeito à **reciprocidade** da obrigação alimentar ele pode ser chamado a prestar alimentos a seus múltiplos pais e aos parentes de cada um deles. Afinal, terá vários avós e novos

---

96. Rolf Madaleno, Repensando o Direito de Família, 170.
97. Rolf Madaleno, Paternidade alimentar, 195.
98. JCJF – Enunciado 103: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.
99. STF – Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

irmãos, estabelecendo-se a **solidariedade familiar** em relação a todos (CC 1.696 e 1.697).[100]

Seguem os questionamentos sobre a possibilidade de o filho cumular duas ou mais pensões alimentícias. Ainda que não haja vedação legal ao duplo pensionamento, todos devem ser pautados no trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade, tendo como diretriz o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente.[101]

De qualquer modo, nada impede que o filho requeira a alimentos a qualquer um dos pais. Ou até a todos, constituindo-se uma obrigação divisível e semelhante à regra adotada para a obrigação alimentar avoenga. Sendo assim, o filho pode escolher contra qual dos pais irá pedir alimentos. Os demais obrigados podem ser **chamados a integrar a lide** (CC 1.698).[102]

Como a **solidariedade** não é a marca da obrigação alimentar, possível o estabelecimento de valores diversos a cada um dos obrigados, sem que haja **direito de regresso** entre eles.

31.13. NASCITURO

Para o Direito quem está para nascer, já é titular de direitos. A obrigação de prestar alimentos ao filho surge mesmo antes de seu nascimento. Apesar de a lei não prever expressamente, o nascituro tem direito a alimentos, pois são resguardados seus direitos desde a concepção (CC 2.º).

Afinal, a Constituição garante o direito à vida (CR 5.º). Também impõe à família, com absoluta prioridade, o dever de assegurar aos filhos o direito à vida, à saúde, à alimentação (CR 227), encargos a serem exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (CR 226 § 5.º). Ainda assim, a tendência sempre foi reconhecer a obrigação paterna exclusivamente depois do nascimento do filho e a partir do momento em que ele vem a juízo pleitear alimentos.

Com personalidade jurídica declarada legalmente ou não, existe para o **nascituro** mais do que simples interesse em jogo. A doutrina da proteção integral abraça a criança desde que foi concebida. Existem direitos reco-

---

100. Ana Carla Hamatiuk Matos e Gabriel Percegone Santos, Efetividade dos alimentos..., 39.

101. Idem, 40.

102. Marina Ortega de Paula Lins e Silva e Carlos Augusto Medeiros de Andrade. Multiparentalidade: uma análise da divisão de direitos e deveres decorrentes da consanguinidade e da socioafetividade, 126.

nhecidamente protegidos pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, antes mesmo do nascimento.

É inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, e, via de consequência, também a **obrigação alimentar**, que está mais do que implícita no ordenamento jurídico. A garantia dos alimentos desde a concepção não significa a consagração da **teoria concepcionista**, até porque os alimentos não são assegurados ao nascituro, mas à gestante.

Na ação **investigatória de paternidade**, a tendência é deferir alimentos provisórios, quando há indícios do vínculo parental ou após o resultado positivo do exame de DNA. Graças à súmula do STJ[103] e à presunção de paternidade conferida à omissão do investigado,[104] a negativa em se submeter ao exame passou a servir de fundamento para a antecipação da tutela alimentar. De qualquer modo, mesmo promovida a ação após o nascimento, deveria ocorrer a fixação dos alimentos desde a **concepção**. Não sendo necessário sequer ficar comprovado que o réu tinha conhecimento da gravidez ou havia se negado a reconhecer o filho.

São assegurados **alimentos gravídicos** à gestante, para atender aos custos decorrentes da gravidez, verba que se transforma em alimentos ao filho quando de seu nascimento. Deixou o legislador escapar a oportunidade de conferir direito alimentar ao nascituro, passando ao largo da problemática acerca da sua titularidade de direito e omitindo-se no enfrentamento da questão de ser ele portador de personalidade jurídica.[105]

Quando a gestante busca alimentos gravídicos, descabe cumular pedido de alimentos ao nascituro. A genitora pode optar: pleitear que o genitor atenda às despesas da gravidez ou pedir alimentos ao nascituro, hipótese em que precisa cumular o pedido de alimentos à investigação de paternidade.

31.14. ALIMENTOS GRAVÍDICOS

A expressão é feia, mas o seu significado é dos mais salutares. A Lei 11.804/2008 concede à gestante o direito de buscar alimentos **durante a gravidez** – daí "alimentos gravídicos". Apesar do nome, de alimentos não se trata. Melhor seria chamar de **subsídios gestacionais**. Ainda que não haja uma relação parental estabelecida, existe um dever jurídico de amparo à mãe.

---

103. STJ – Súmula 301: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

104. Lei 8.560/1992, 2º-A parágrafo único.

105. Ana Cecília Rosário Ribeiro, Alimentos para o nascituro, 129.

A lei enumera as despesas que precisam ser atendidas da concepção ao parto: alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis a critério do médico. O rol não é exaustivo, pois o juiz pode considerar outras despesas pertinentes. De qualquer modo, são despesas com a gravidez e não correspondem a todas as despesas da gestante.

A **legitimidade ativa** para a ação é da **gestante**, que promove a ação em nome próprio. Não é necessário cumular a ação investigatória de paternidade.

O foro competente é o do domicílio da gestante (CPC 53 II).

Basta o juiz reconhecer a existência de **indícios da paternidade** para a concessão liminar dos alimentos, não sendo suficiente a mera imputação da paternidade, sem historiar a autora as circunstâncias fáticas. Mas os indícios não podem ser exigidos com muito rigor.[106] No impasse entre a dúvida pelo suposto pai e a necessidade da mãe e do filho, a dúvida deve ser superada em favor da necessidade.

A lei concede ao réu o **prazo de resposta** de cinco dias (7.º). Como refere José Carlos Teixeira Giorgis, diante de inadequada intromissão processual, certamente os dissabores na prática podem ofuscar algum crédito da lei.[107] De qualquer modo, nada impede que o juiz fixe outro prazo, mas a tendência é a designação de **audiência preliminar**, a partir de quando começa a fluir o prazo de resposta. Descabe pedir a suspensão da execução até a realização do exame de DNA.[108]

---

106. Ação de alimentos gravídicos. Indícios quanto à paternidade. Inteligência da Lei 11.804/06. Caso dos autos em que decisão proferida pelo juízo singular indeferiu o pedido de alimentos gravídicos provisórios, sob a alegação da inexistência de prova segura ou fortes indícios da paternidade alegada. Decisão que merece reforma, uma vez que o artigo 6º da Lei 11.804/08 expõe como requisito para a concessão deste direito apenas a existência de indícios da paternidade. Neste sentido, em fase de cognição sumária, não se exige uma rigorosa análise quanto à comprovação do vínculo familiar, haja vista a dificuldade de constituir tal prova. Destarte, deve-se considerar essencialmente a finalidade dos alimentos gravídicos, priorizando ao nascituro sua proteção e o seu saudável desenvolvimento, em face de um possível prejuízo suportado pelo agravado na hipótese de negativa de paternidade. Recurso parcialmente provido. (TJRS – AI 70076564251 RS, 8ª C. Civ., Rel. José Antônio Daltoe Cezar, j. 10/05/2018).

107. José Carlos Teixeira Giorgis, Alimentos gravídicos.

108. Execução de alimentos pelo rito da prisão. Rejeição da justificativa apresentada. Justificativa fundamentada na impossibilidade de cobrança da dívida ora executada

Indeferidos os alimentos provisórios, ou ocorrendo o nascimento enquanto tramita a demanda, tal não leva à **extinção do processo**. A ação não perde o objeto, até porque a própria lei determina a transformação do encargo a favor do recém-nascido. Cabe ao juiz fixar os alimentos ao filho, em face do fato modificativo ocorrido (CPC 493). Extinguir o processo e impor ao filho que promova nova ação deslocaria o termo inicial da obrigação alimentar, o que viria em prejuízo do credor, pois os alimentos definitivos retroagem somente à data da citação (LA 13 § 2.º). Cabe tão só mandar retificar a autuação.

Divergem doutrina e jurisprudência sobre o **termo inicial** dos alimentos gravídicos: a concepção, o ajuizamento da ação ou o despacho que deferiu os alimentos. Em face do seu caráter indenizatório, melhor é a tese de que são devidos a partir da **concepção.**[109] Mas esta tese não vingou nos tribunais, que estabelece a data da fixação, tal como determina o art. 4º da Lei de Alimentos.[110]

Caso a mãe não saiba quem é o pai, não pode ingressar com a ação contra mais de um provável genitor. Afinal, não há indícios da paternidade.

(em razão da inexistência de prova de paternidade), bem como na impossibilidade financeira. Descabimento. Alimentos executados que foram inicialmente fixados a título de alimentos gravídicos, posteriormente convertidos em alimentos provisórios para a criança que nasceu com vida. Devidamente citado na demanda em que fixados os alimentos, o ora agravante não interpôs qualquer recurso (seja da decisão que fixou os alimentos gravídicos, seja da decisão que os converteu em provisórios). [...] Execução de alimentos gravídicos e dos alimentos convertidos a favor do menor nascido com vida que não está condicionada à posterior prolação de sentença que reconheça a paternidade. Desnecessidade de suspensão da execução de alimentos, até a realização do exame de DNA. Inadmissível a intenção do agravante de, em execução de alimentos, tentar rediscutir matéria própria de fase de conhecimento. Inexistência de inadimplemento escusável e involuntário ou de comprovação de absoluta impossibilidade de pagar os alimentos, nos termos do art. 5º, LXVII, da CF e do art. 528, § 2º, do CPC/2015. [...] (TJSP – AI 20794474220198260000 SP 2079447-42.2019.8.26.0000, 9ª C. Dir. Priv., Rel. Angela Lopes, j. 30/05/2019).

109. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil:..., 781; e Leonardo de Faria Beraldo, Alimentos no Código Civil, 90.

110. Ação de alimentos gravídicos. Pleito de fixação de alimentos gravídicos provisórios. Prejudicialidade. [...] Alimentos provisórios que são devidos desde a sua fixação, até mesmo porque o artigo 4º da Lei nº 5.478/1968 preconiza que ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita, restando descartado eventual deferimento retroativo da verba alimentar. Precedentes do STJ e desta Corte. [...] (TJRS – AI 70080132681 RS, 8ª C. Civ., Rel. José Antônio Daltoe Cezar, j. 21/03/2019).

No entanto, em caso de **violência sexual** praticada por dois ou mais homens, possível colocar todos como réus.[111] Forma-se um **litisconsórcio passivo eventual**. Até ser identificado quem é o genitor, a obrigação alimentar deve ser paga por todos os réus da ação, de forma **solidária**.

Para a concessão dos alimentos, não é necessária a prova da **necessidade** da gestante. Caso ela faça jus a alimentos para si, pode cumular os dois pedidos: alimentos para ela e alimentos gravídicos.[112]

Ainda que o valor dos alimentos deva atentar às possibilidades do alimentante, o encargo não guarda proporcionalidade com os seus ganhos, tal como ocorre com os alimentos devidos ao filho. Existe um limite: as despesas decorrentes da gravidez. Além do pagamento de prestações mensais, possível impor o atendimento de encargos determinados, como, por exemplo, exames médicos.

Na hipótese de **gestação por substituição**, pode a gestante ingressar com ação de alimentos gravídicos contra as pessoas que firmaram o termo de consentimento informado e irão assumir o vínculo parental.

A verba fixada a favor da mãe se transforma em alimentos para o filho quando de seu nascimento. A mudança da titularidade do crédito não precisa ser requerida pela autora nem deferida pelo juiz. Como ocorre a mudança da natureza do encargo, é necessário o atendimento do **critério da proporcionalidade**, segundo as condições econômicas do genitor. Isso porque o encargo decorrente do poder familiar tem parâmetro diverso, devendo garantir o direito do credor de desfrutar da mesma condição

111. Thiago Felipe Vargas Simões, Breves linhas sobre os alimentos gravídicos, 8.

112. Ação de alimentos e de alimentos gravídicos. Possibilidade, no caso. Alimentante que exerce atividade laboral formal. 1. O requisito exigido para a concessão dos alimentos gravídicos, qual seja, indícios de paternidade, nos termos do art. 6º da Lei nº 11.804/08, deve ser examinado, em sede de cognição sumária, sem muito rigorismo, tendo em vista a dificuldade na comprovação do alegado vínculo de parentesco já no momento do ajuizamento da ação, sob pena de não se atender à finalidade da lei, que é proporcionar ao nascituro seu sadio desenvolvimento. 2. No caso, as mensagens eletrônicas trocadas entre as partes são suficientes a demonstrar plausibilidade na indicação de paternidade realizada pela agravante, decorrente de relacionamento mantido no período concomitante à concepção, restando autorizado o deferimento dos alimentos gravídicos. 3. Considerando que o juízo singular fixou alimentos à filha menor no valor equivalente a 30% do salário mínimo, e sopesando que alimentante exerce atividade laboral formal, com renda de cerca de um salário mínimo, cabível o estabelecimento de alimentos provisórios e de alimentos gravídicos no patamar equivalente a 20% dos rendimentos paternos. Agravo de instrumento parcialmente provido. (TJRS – AI 70080929268 RS, 8ª C. Civ., Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 30/05/2019).

social do devedor (CC 1.694). Desse modo, nada impede que sejam estabelecidos valores diferenciados, vigorando um montante para o período da gravidez e outro valor, a título de alimentos ao filho, a partir do seu nascimento.[113] Embora os parâmetros do encargo sejam outros, fixados os alimentos gravídicos, mesmo ocorrendo a transformação em favor do filho, possível a **revisão dos alimentos**, sem a exigência da alteração do parâmetro possibilidade/necessidade.[114]

Ainda que o pedido seja de alimentos, a **causa de pedir** da ação é a paternidade. Na hipótese de o genitor não contestar a demanda, ou se insurgir somente quanto ao valor do encargo, caso não efetive o registro do filho quando de seu nascimento, a procedência da ação autoriza a autora a pedir a expedição do **mandado de registro**, sendo dispensável a instauração do procedimento de averiguação da paternidade ou a propositura da ação investigatória para o estabelecimento do vínculo parental. Mas não se tem notícia de que tal tenha sido deferido nem ao menos requerido.

---

113. Ação de alimentos gravídicos, os quais foram fixados em tutela antecipada recursal no valor de 30% do salário mínimo. Nascimento no curso do processo. Exame de DNA realizado. Paternidade comprovada. Alimentos gravídicos, que devem ser convertidos em provisórios, consoante art. 6º, parágrafo único, da lei nº 11.804/2008. Genitor com vínculo empregatício. [...] Readequação dos alimentos devida para atender ao binômio necessidade/possibilidade. Fixação do percentual de 15% sobre os rendimentos do alimentante, em atenção ao entendimento consolidado desta câmara. Recurso conhecido e provido. (TJSC – AI 40277532520178240000 Videira 4027753-25.2017.8.24.0000, 5ª C. Dir. Civ., Rel. Cláudia Lambert de Faria, j. 02/10/2018).

114. Recurso especial. Alimentos gravídicos. Garantia à gestante. Proteção do nascituro. Nascimento com vida. Extinção do feito. Não ocorrência. Conversão automática dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia em favor do recém-nascido. Mudança de titularidade. Execução promovida pelo menor, representado por sua genitora, dos alimentos inadimplidos após o seu nascimento. Possibilidade. Recurso improvido. 1. Os alimentos gravídicos, previstos na Lei nº 11.804/2008, visam a auxiliar a mulher gestante nas despesas decorrentes da gravidez, da concepção ao parto, sendo, pois, a gestante a beneficiária direta dos alimentos gravídicos, ficando, por via de consequência, resguardados os direitos do próprio nascituro. 2. Com o nascimento com vida da criança, os alimentos gravídicos concedidos à gestante serão convertidos automaticamente em pensão alimentícia em favor do recém-nascido, com mudança, assim, da titularidade dos alimentos, sem que, para tanto, seja necessário pronunciamento judicial ou pedido expresso da parte, nos termos do parágrafo único do art. 6º da Lei nº 11.804/2008. 3. Em regra, a ação de alimentos gravídicos não se extingue ou perde seu objeto com o nascimento da criança, pois os referidos alimentos ficam convertidos em pensão alimentícia até eventual ação revisional em que se solicite a exoneração, redução ou majoração do valor dos alimentos ou até mesmo eventual resultado em ação de investigação ou negatória de paternidade. 4. Recurso especial improvido. (STJ – RESP 1.629.423, 3ª T., Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 06/06/2017).

Caso haja a **interrupção da gestação**, como nos casos de aborto espontâneo, os alimentos restam extintos, descabendo, no entanto, qualquer reembolso ou restituição dos valores pagos.

Apesar de a lei consagrar que os alimentos gravídicos sejam custeados pelo **pai** (2.º parágrafo único), tal não afasta a aplicação supletiva da lei civil, que impõe a obrigação complementar a outros obrigados em caráter subsidiário. Logo, comprovada a impossibilidade do suposto genitor de arcar com o encargo, é possível exigir alimentos gravídicos dos **avós**, com base no Código Civil (1.696 e 1.698) e em toda a construção jurisprudencial e doutrinária sobre o tema até agora desenvolvida.[115]

Havendo inadimplemento, é possível a **execução** do encargo, inclusive pelo rito da **coação pessoal** (CPC 528).[116]

Na hipótese de a gestante não ter pleiteado os alimentos durante o período da gestação, nada impede que, após o nascimento, pleiteie o **reembolso** das despesas que integram o encargo que a lei atribui ao genitor. Ainda que não se trate de **ação de alimentos** a competência é das Varas de Família.

O ponto que gera maiores questionamentos diz com a possibilidade de a **paternidade ser afastada**. A preocupação é recente, mas este risco sempre existiu, ao menos desde o momento em que a Justiça passou a fixar alimentos provisórios nas ações investigatórias de paternidade, mediante indícios do vínculo parental.

Mesmo que os alimentos sejam irrepetíveis, em caso de **improcedência da ação** cabe identificar a postura da autora. Restando comprovado que ela agiu de **má-fé** ao imputar ao réu a paternidade, há o dever de indenizar, cabendo, inclusive, a imposição de **danos morais**. Eventual pedido indenizatório deve ser dirigido contra a gestante que propôs a ação e não contra a criança, mesmo que já tenha ocorrido o seu nascimento.

31.15. OBRIGAÇÃO DOS AVÓS

A obrigação alimentar não é somente dos pais em decorrência do poder familiar. A reciprocidade de obrigação alimentar entre pais e filhos (CR 229 e CC 1.696) é ônus que se estende a todos os **ascendentes**, recaindo sempre nos mais próximos. Se quem deve alimentos em primeiro

---

115. Leandro Soares Lomeu, Alimentos gravídicos avoengos.

116. JCJF – Enunciado 522: Cabe prisão civil do devedor nos casos de não prestação de alimentos gravídicos estabelecidos com base na Lei nº 11.804/2008, inclusive deferidos em qualquer caso de tutela de urgência.

lugar não puder suportar totalmente o encargo, são chamados a concorrer os parentes de **grau imediato** (CC 1.698). Assim, a obrigação alimentar, primeiramente, é dos pais, e, na ausência de condições de um ou ambos os genitores, transmite-se o encargo aos avós, parentes em grau imediato **mais próximo**.

Já sumulou o STJ[117] que a obrigação alimentar dos avós tem natureza **complementar** e **subsidiária**.[118] Os alimentos devem ser fixados atendendo ao nível econômico-financeiro dos genitores, e não dos avós.[119] Nesta seara descabe invocar o **princípio da proporcionalidade**.

Em face da irrepetibilidade dos alimentos, é necessária a prova da incapacidade, ou da reduzida capacidade do devedor de cumprir com a obrigação em relação à prole. Também reiterado **inadimplemento** autoriza à propositura de ação de alimentos contra os avós. Só não é possível cobrar deles o débito do genitor. Não cabe intentar contra os avós **execução** dos alimentos não pagos pelo pai, o que seria impor a terceiro o pagamento de dívida alheia.

Ainda que exista uma ordem de obrigados, em face do caráter subsidiário da obrigação alimentar, possível a propositura da ação concomitantemente contra o pai e o avô. Basta imaginar a hipótese de o pai se

117. STJ – Súmula 596: A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais.

118. Ação de alimentos avoengos. Caráter subsidiário ou complementar. Ausência de demonstração da impossibilidade de os genitores proverem o sustento das filhas. Incapacidade financeira da avó paterna comprovada. Inesgotamento das possibilidades de localização do genitor para cobrança dos alimentos fixados. Sentença mantida. Caso dos autos em que inexiste comprovação cabal acerca da impossibilidade de a genitora prover a subsistência das filhas, na medida em que labora e possui rendimentos fixos, além de as alimentandas não possuírem gastos extraordinários comprovados. Outrossim, em que pese a alegação de o genitor não possuir paradeiro certo, restou comprovada a ausência de esgotamento das possibilidades de localização e das técnicas coercitivas existentes para constrangê-lo ao cumprimento da obrigação alimentar. Assim, não há falar em responsabilidade dos avós, que é subsidiária ou complementar, e não solidária. Avó que não possui condições de auxiliar as netas, visto que possui rendimentos pouco expressivos. Apelação desprovida. (TJRS – AC 70082838137/RS, 8ª C. Cív., Rel. José Antônio Daltoe Cezar, j. 30/01/2020).

119. JCJF – Enunciado 342: Observadas suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não solidário quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro de seus genitores.

encontrar desaparecido, ou acometido de enfermidade incapacitante. Não dispondo o autor de prova da impossibilidade do pai, o uso de uma única demanda, atende ao princípio da **economia processual**. Constitui-se um **litisconsórcio passivo facultativo sucessivo de caráter eventual.**[120] Na instrução, comprovada a ausência de condições do genitor e a impossibilidade de ele adimplir a obrigação, é reconhecida a responsabilidade avoenga. A **cumulação da ação** contra pais e avós tem a vantagem de assegurar o direito aos alimentos desde a data da citação, seja quem for reconhecido como obrigado (LA 13 § 2.º).

Tende a jurisprudência a admitir a ação de alimentos contra os avós somente se **ambos os genitores** não tiverem condições de prover ao sustento da prole, sob o fundamento de que a omissão de um deles transmite ao outro a obrigação alimentar. Assim, não poderiam os avós ser chamados a contribuir se o detentor da guarda trabalha ou tem algum recurso.[121] O fato é que, quando da separação dos pais, os filhos, geralmente, ficam sob a guarda da mãe, que acaba punida por desempenhar atividade lucrativa com sucesso, o que é injusto.[122] Afinal, como os filhos estão em sua companhia, alcança-lhes alimentos *in natura*, além de estar provendo sozinha a subsistência dos filhos. E, se o pai não paga, não podem ser acionados os avós.

A equivocada interpretação que se está dando à lei, além de livrar a responsabilidade dos avós, sinaliza o surgimento de um perigoso antecedente: a desoneração de um dos pais de prover ao sustento do filho, se este reside com o outro que tem renda própria. Com isso se está transferindo a um dos genitores a obrigação de prover sozinho à família. Quem detém a **guarda** fica com mais o ônus de manter os filhos, bastando que tenha algum rendimento, ainda que modesto. Essa postura gera desarrazoada angularização da obrigação alimentar: o dever de prestar alimentos passa de um dos pais para o outro e só depois é que se transmitiria aos ascendentes.

---

120. Luciano Souto Dias e Talita Figueiredo Souza, Alimentos avoengos:..., 125.

121. [...] 1. A obrigação avoenga de prestar alimentos, embora encontre origem no princípio da solidariedade familiar, é residual em relação à obrigação dos genitores, considerando que aos pais compete o poder familiar, do qual decorrem os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos. Portanto, para que seja transferida a obrigação de prestar alimentos aos avós, faz-se necessária a prova de que ambos os genitores – pai e mãe, ou pai, ou mãe – não disponham de condições para o cumprimento do dever alimentar. [...] (TJRS – AC: 70083283663 RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Data de Julgamento: 20/05/2020, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 03/09/2020).

122. Ana Maria Gonçalves Louzada, Alimentos..., 15.

A lei, ao fazer uso da palavra "pais", no plural, atribuindo a eles os deveres decorrentes do poder familiar, não quer dizer que está se referindo a **ambos os pais**, e sim a **qualquer dos pais**. A denominada **paternidade responsável** acabou por alcançar os avós, que, tendo condições, podem ser chamados a completar o pensionamento prestado pelo pai que não supre de modo satisfatório a necessidade do filho.

Em vez de pagar alimentos, os avós podem ser convocados, por exemplo, para inserir o neto em plano de saúde ou até para o atendimento de alguma despesa extraordinária.

Quando a obrigação alimentar é atendida pelos avós, estão eles assumindo encargo que primeiramente não é deles. Assim, vindo o genitor a adquirir condições econômicas, cabe reconhecer o direito de **sub-rogação** dos avós.

Ocorrendo o inadimplemento do encargo imposto aos avós, grande é a celeuma quando é decretada a **prisão** dos mesmos. Inclusive em face do **Estatuto do Idoso** que lhes outorga especial proteção. Daí a possibilidade de ser aplicado outro meio executivo.[123] Em atenção aos princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade da execução.[124]

---

123. JCJF – Enunciado 599: Deve o magistrado, em sede de execução de alimentos avoengos, analisar as condições do devedor, podendo aplicar medida coercitiva diversa da prisão civil ou determinar seu cumprimento em modalidade diversa do regime fechado (prisão em regime aberto ou prisão domiciliar), se o executado comprovar situações que contraindiquem o rigor na aplicação desse meio executivo e o torne atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio de proteção aos idosos e garantia à vida.

124. *Habeas corpus*. Prisão civil por alimentos. Obrigação alimentar avoenga. Caráter complementar e subsidiário da prestação. Existência de meios executivos e técnicas coercitivas mais adequadas. Indicação de bem imóvel à penhora. Observância aos princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade da execução. Desnecessidade da medida coativa extrema na hipótese. 1 – O propósito do *Habeas corpus* é definir se deve ser mantida a ordem de prisão civil dos avós, em virtude de dívida de natureza alimentar por eles contraída e que diz respeito às obrigações de custeio de mensalidades escolares e cursos extracurriculares dos netos. 2 – A prestação de alimentos pelos avós possui natureza complementar e subsidiária, devendo ser fixada, em regra, apenas quando os genitores estiverem impossibilitados de prestá-los de forma suficiente. Precedentes. [...] 4 – Havendo meios executivos mais adequados e igualmente eficazes para a satisfação da dívida alimentar dos avós, é admissível a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, que, a um só tempo, respeita os princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade da execução, sobretudo diante dos riscos causados pelo encarceramento de pessoas idosas que, além disso, previamente indicaram bem imóvel à penhora para a satisfação da

Imposta a obrigação alimentar do genitor, em caso de inadimplemento, não é possível promover a **execução** contra os avós. Eles não são os responsáveis pelo pagamento de dívida que não é deles.[125]

31.16. OBRIGAÇÃO DOS PARENTES

Parentes, cônjuges e conviventes podem pedir alimentos uns aos outros. Quem não tem condições de prover à própria subsistência tem o direito de socorrer-se dos familiares para viver de modo compatível com sua condição social e ver atendidas as necessidades de educação (CC 1.694).

Ainda que a lei fale primeiro nos parentes e depois no **cônjuge** ou **companheiro**, a ordem está invertida. Sendo o credor casado ou vivendo em união estável, o cônjuge e o companheiro são os primeiros convocados a prestar alimentos.[126] Melhor dizendo, ex-cônjuge e ex-companheiro.

Com relação aos **parentes**, a obrigação alimentar acompanha a **ordem de vocação hereditária** (CC 1.829). Assim, quem tem direito à herança, tem dever alimentar.

Quanto aos **parentes em linha reta**, como o vínculo sucessório não tem limite (CC 1.829 I e II), é infinita a obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes (CC 1.696). A obrigação é **recíproca**, estabelecendo a lei uma ordem de preferência, ou melhor, de responsabilidade. Os primeiros obrigados a prestar alimentos são os pais. Na falta de qualquer dos pais, o encargo transmite-se aos avós, aos bisavós, e assim sucessivamente. Esse dever estende-se a todos os ascendentes. Também não há limite na obrigação alimentar dos descendentes: filhos, netos, bisnetos e tataranetos devem alimentos aos seus ascendentes. Na ausência de parentes em linha reta, busca-se a solidariedade dos **colaterais** (CC 1.592).

---

dívida. 5 – Ordem concedida, confirmando-se a liminar anteriormente deferida. (STJ – HC 416.886, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12/12/2017).

125. Execução de alimentos. Cumprimento de sentença. Chamamento dos avós paternos. Descabimento. Cuidando-se de cumprimento de sentença fundado em acordo entabulado entre as partes no qual restou estabelecido que o genitor pagaria alimentos aos filhos, é manifestamente descabido o pedido de chamamento dos avós paternos, seja pelo fato de não integrarem a relação processual, seja porque não existe responsabilidade solidária nem subsidiária deles relativamente ao encargo alimentar estabelecido. Recurso desprovido. (TJRS – AI 70078722998 RS, 7ª C. Civ., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 27/02/2019).

126. Arnaldo Rizzardo, Direito de Família, 684.

31.16.1. Obrigação dos irmãos, tios, sobrinhos e primos

O Código Civil reconhece a obrigação alimentar dos **parentes** (CC 1.694). Parentes em **linha reta** são os ascendentes e os descendentes (CC 1.591), sendo o vínculo infinito. Em linha **colateral ou transversal**, o parentesco estende-se até o **quarto grau** (CC 1.592). O conceito de família alberga todos os parentes. O limite da solidariedade familiar define-se pelos elos de parentesco. A exata identificação dos vínculos parentais tem enorme significado no direito sucessório, uma vez que os parentes colaterais integram a ordem de vocação hereditária (CC 1.829 IV): têm direito à herança quando inexistirem descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro sobrevivente.

A obrigação alimentar entre os parentes acompanha a ordem de vocação hereditária. Ou seja, tem dever de prestar alimentos quem tem direito de receber herança. É obrigação de natureza sucessiva e subsidiária.[127]

Especifica a lei (CC 1.697) que os **irmãos**, parentes em segundo grau, têm obrigação alimentar independentemente de serem irmãos **germanos** ou **bilaterais** (filhos de mesmo pai e mãe) ou **unilaterais** (identidade somente com relação a um dos pais). Como é proibida qualquer denominação discriminatória relativa à filiação (CR 227 § 6.º), a distinção é de duvidosa constitucionalidade. E, se a inconstitucionalidade não tisna esse dispositivo, atinge em cheio a norma que desiguala os irmãos para efeitos sucessórios (CC 1.841). A **obrigação alimentar** de ambos é igual (CC 1.697), mas o irmão unilateral recebe metade da **herança** quando concorre com irmão bilateral. A regra, além de inconstitucional, também é injusta, ou melhor, é inconstitucional por ser injusta.[128] Nada mais equívoco do que manter o entendimento de que a obrigação alimentar é limitada aos parentes colaterais até o segundo grau, bem como a classificação feita entre irmãos uni e bilaterais.[129]

Apesar de todos reconhecerem que a ordem de vocação hereditária se estende até o **quarto grau**, de forma maciça a doutrina não admite que a responsabilidade alimentar ultrapasse o parentesco de **segundo grau**. Porém,

---

127. Ação de alimentos contra os irmãos. Ordem legal. Prova. Descabimento. Somente se justifica o pedido de alimentos contra os irmãos em situação excepcional, isto é, quando os pais não possuem condições de atender às necessidades do filho, devendo ser exaurida a ordem estabelecida no art. 1.697 do Código Civil. No caso, ainda que o genitor seja falecido, tem-se que a autora possui renda proveniente da pensão militar do pai. Ademais, não logrou comprovar a insuficiência financeira da genitora, motivo pelo qual descabe a fixação de alimentos em face dos irmãos unilaterais paternos. Negaram provimento ao apelo. (TJRS – AC 70079425195/RS, Rel. Rui Portanova, j. 30/05/2019).

128. Maria Berenice Dias, Manual das Sucessões, 45.

129. Thiago Felipe Vargas Simões, A família da contemporaneidade, 67.

não há como reconhecer **direitos** aos parentes e não lhes atribuir **deveres**. Leonardo de Faria Beraldo questiona a contradição do ordenamento jurídico, na medida em que, com uma mão, dá aos parentes de terceiro e quarto graus o direito de herdar, na falta de parentes de primeiro e segundo grau, contudo, com a outra mão tira o direito daqueles de pleitearem alimentos.[130]

O fato de a lei explicitar o dever dos irmãos não exclui o dever alimentar dos demais parentes, aos quais é concedido direito sucessório. O silêncio não significa que estejam excluídos do dever de pensionar. O encargo segue os preceitos gerais: na falta dos parentes mais próximos, são chamados os mais remotos, começando pelos ascendentes, seguidos dos descendentes e depois dos colaterais. Portanto, na falta de pais, avós e irmãos, a obrigação passa aos tios e tios-avós, depois aos sobrinhos, aos sobrinhos-netos e, finalmente, aos primos. Mas esta não é a lógica da Justiça.[131]

Cabe figurar um exemplo: dispondo de patrimônio (mas sem condições de prover à própria subsistência), alguém que não tenha pais, filhos ou irmãos não pode requerer alimentos aos demais parentes: tios, sobrinhos ou primos. Certamente a ação será extinta por impossibilidade jurídica do pedido. Vindo o desafortunado a morrer de fome, seus bens serão entregues exatamente aos parentes que não lhe deram assistência. Contudo, não é isso que está na lei, não havendo como prevalecer a interpretação majoritária, que fere elementares princípios éticos. Os graus de parentesco não devem servir só para se ficar com os bônus, sem a assunção dos ônus. Atribuindo a Constituição à família os mais amplos deveres (CR 227), aí reside o dever de alimentos de todos para com todos. É imprescindível a proteção integral a cada um de seus membros. Respeitada a ordem de preferência, os parentes são obrigados a prestar alimentos entre si. Nada justifica conceder abrangência diversa ao conceito de **parentes**. Não parece crível, ante o princípio da razoabilidade, quisesse o legislador, de forma cartesiana,

---

130. Leonardo de Faria Beraldo. Alimentos no Código Civil... 127.

131. Oferta de alimentos. Extinto com resolução do mérito. Art. 485, IV, CPC. O pedido de alimentos deduzido pela apelante contra os apelados tem por fundamento a obrigação alimentar advinda da relação de parentesco, prevista no art. 1694 do Código Civil. Contudo, o Código Civil estabelece, nos arts. 1.696 e 1.697, a ordem de legitimados passivos para a demanda alimentar. Em primeiro lugar estão os ascendentes. Em segundo, na falta dos primeiros, comparecem os descendentes. E somente em terceiro lugar, na falta de ascendentes e descendentes, é que se localizam os colaterais, limitados estes ao segundo grau. No caso a apelante é tia dos alimentandos, ausentes, portanto, os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Recurso desprovido. (TJRS – AC 70077120384 RS, 7ª C. Civ., Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 09/05/2018).

afastar tios, sobrinhos e primos do encargo alimentar, parentes esses que são herdeiros e que possuem legitimidade para receber bens do *de cujus*.[132]

Esta é também a posição de Cristiano Chaves de Farias,[133] Flávio Tartuce[134] e de Rolf Madaleno, que questiona: se pode e está habilitado a receber, porque realmente haveria de estar impedido de doar, como se solidariedade e parentesco fossem via de mão única? O direito sucessório e o direito familiar pertencem ao mesmo sistema, e a própria lei manda guardar a ordem de sucessão na obrigação alimentar (CC 1.698). Não se trata, portanto, de restringir os direitos sucessórios, mas de ampliar os direitos familiares, para permitir que a pensão alimentícia possa ser cobrada do parente colateral vocacionado a herdar.[135]

Fabiana Domingues Cardoso considera que o rol ampliado de responsáveis pela pensão alimentícia entre parentes faz prevalecer o bem-estar social, a solidariedade, a dignidade das pessoas que são princípios estampados na Constituição Federal.[136]

31.16.2. Obrigação dos parentes por afinidade

A lei impõe obrigação alimentar aos parentes sem qualquer distinção ou especificidade (CC 1.694). Parentes são quem a lei assim identifica. Além do **parentesco natural** ou **consanguíneo**, existe o **parentesco por afinidade**, que decorre do casamento e da união estável e se estabelece entre o cônjuge ou o companheiro com os ascendentes, descendentes ou irmãos do outro (CC 1.595 § 1.º). Com a dissolução do vínculo familiar, perpetua-se o vínculo por afinidade na linha ascendente e descendente, dissolvendo-se somente na linha colateral.

Ou seja, modo expresso, ressalva a lei a permanência do vínculo de afinidade após a **dissolução** do **casamento** e da **união estável** (CC 1.595 § 2.º). E, remanescendo o vínculo jurídico, mantém-se a **solidariedade familiar**. Ora, não se extinguindo a relação de parentesco, imperioso reconhecer a persistência do dever alimentar.

No entanto, a doutrina é contra o reconhecimento da obrigação alimentar, entendendo que a afinidade não origina parentesco, mas apenas aliança, não sendo apta a criar direito a alimentos. Porém, a lei não faz

132. Ana Maria Gonçalves Louzada, Alimentos, 15.

133. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil: Famílias, 789.

134. Flávio Tartuce, Manual de Direito Civil, 478.

135. Rolf Madaleno, Direito de Família, 646.

136. Fabiana Domingues Cardoso. A indignidade no direito aos alimentos, 425.

qualquer distinção. Fala em parentesco por afinidade e impõe obrigação alimentar aos parentes (CC 1.694). Desse modo, quando o legislador faz menção a parentes, deve se entender aí os familiares consanguíneos, os da afinidade e da adoção. Ainda que não se posicione contra a fixação de alimentos em decorrência do vínculo de afinidade, Belmiro Welter admite que a questão do dever alimentar entre os afins demandará novas reflexões.[137]

Não dispondo o ex-cônjuge ou o ex-companheiro de condições de alcançar alimentos a quem saiu do relacionamento sem meios de prover ao próprio sustento, os primeiros convocados são os parentes consanguíneos e, na sua falta, os que mantêm vínculo de parentesco civil, por adoção ou vínculo socioafetivo. Na ausência ou precariedade de condições desses de prestar os alimentos, cabe socorrer-se dos parentes cujo vínculo permaneceu mesmo depois de solvido o elo afetivo: ex-sogro, ex-genro, ex-padrasto.

Reconhecendo a lei a permanência do vínculo de parentesco sem fazer nenhuma ressalva ou impor qualquer restrição, descabe interpretação restritiva que limite direitos. Assim, dissolvido o casamento ou a união estável, possível é tanto o ex-sogro pedir alimentos ao ex-genro, como este pedir àquele. Também é possível o **enteado** buscar alimentos do ex-cônjuge ou ex-companheiro do seu genitor. Não é necessária a existência de uma filiação socioafetiva ou a posse de estado de filho.

Ainda que se trate de responsabilidade **subsidiária e complementar**, não se pode negar que exista. Quem estiver destituído dos recursos necessários para prover à própria subsistência não pode ser abandonado à própria sorte. Ao menos em circunstâncias excepcionais, quando não houver parentes consanguíneos ou civis, ou restar evidenciado que eles não dispõem de recursos para auxiliar, cabe apelar ao vínculo de afinidade.

A tese é nova, não é aceita pela jurisprudência, mas que é defensável, é. Já está sendo referendada pela doutrina. Tanto na hipótese dos alimentos entre colaterais de terceiro e quarto graus, quanto no caso dos alimentos entre parentes por afinidade. O fundamento justificador da imposição é, sem dúvida, a solidariedade familiar. Para que serve um parente senão para ser solidário com o outro nos momentos de necessidade?[138]

31.17. EM FAVOR DO IDOSO

O Estatuto do Idoso veio atender ao comando constitucional que veda discriminação em razão da idade (CR 3º IV) e atribui à família, à

137. Belmiro Pedro Welter, Alimentos no Código Civil, 255.

138. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil, Famílias, 789.

sociedade e ao Estado o dever de amparo às pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (CR 230). Ao operacionalizar esse direito, acaba o **Estado** assumindo, ainda que em caráter subsidiário e complementar, **obrigação alimentar** em favor do idoso.

O dever de prestar alimentos ao idoso tem por base a **solidariedade** e **reciprocidade** da obrigação alimentar. O Estatuto impõe tal obrigação, nos termos da lei civil (EI 11): aos cônjuges ou companheiros e aos parentes (CC 1.694 e 1.696).

Ainda que **solidária** (EI 12) a obrigação alimentar é divisível.[139] A afirmação da solidariedade solve antiga controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica da obrigação alimentar. Assim, ainda que a lei estabeleça a **subsidiariedade do dever concorrente** (CC 1.698), possível a convocação dos demais obrigados à demanda.

Como é obrigação da família assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos que lhe garanta a vida e a saúde (EI 3.º), imperiosa a concessão de alimentos provisórios, atentando à sua condição de vida.[140] Na falta de outros subsídios probatórios, cabe atentar à sua idade.[141]

---

139. Alimentos. Pedido da mãe ao filho. Cabimento. Fixação provisória. Binômio possibilidade-necessidade. Inteligência dos artigos 1.694, § 1º e 1.697 do CC. 1. Cabível a fixação de alimentos em favor da genitora enferma e que está carente de recursos financeiros. 2. Sendo a obrigação dos filhos divisível, cada um deve contribuir dentro de suas possibilidades financeiras, atendendo-se ao binômio possibilidade-necessidade, e considerando que são três filhos, sendo que uma das filhas igualmente enfrenta problemas de saúde e a outra filha, que é curadora da mãe presta alimentos *in natura*, cabe ao recorrente alcançar alimentos *in pecunia*. Recurso desprovido. (TJRS – AI 70077427862 RS, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 20/06/2018).

140. Alimentos provisórios. Demanda ajuizada pela genitora em face dos filhos. Arbitramento em 25% do salário mínimo, devidos em desfavor de cada um dos filhos da autora (totalizando 1,5 salário mínimo). Recurso interposto por um dos filhos. Inconformismo que não se sustenta. Princípio da solidariedade familiar. Inteligência dos arts. 1695 e 1.696, ambos do Código Civil. Imputação da prática de atos de abandono ou indignidade, à genitora que, ao menos neste momento processual, não enseja a revogação da medida. Necessidade da alimentanda incontroversa (idosa, com diversos problemas de saúde). Percentual fixado que se mostra apto a ser suprido, sem comprometer o sustento dos devedores da obrigação. Provisórios, que, por seu turno, representam a urgência do crédito e que só a instrução do feito poderá demonstrar o desacerto do seu arbitramento. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP – AC 13760448, 8ª C. DIr. Priv., Rel. Des. Salles Rossi, j. 15/07/2020).

141. Ação de alimentos. Pleito da genitora idosa em desfavor dos filhos maiores. Fixação da verba alimentar provisória indeferida. Alimentanda que possui idade avançada (85 anos). Necessidade presumida. Exegese do art. 1.694 do Código Civil e art. 3º do

Foi o Estatuto do Idoso que reconheceu o acordo alimentar, referendado pelo Ministério Público, como **título executivo extrajudicial** (EI 13), regra que acabou adotada pela lei processual (CPC 784 IV).

Não dispondo qualquer dos obrigados de condições econômicas para atender à manutenção de quem tiver mais de 60 anos, a obrigação passa a ser do **Poder Público**, no âmbito da assistência social (EI 14). Quem, aos 65 anos de idade, sem meios de prover a própria subsistência e nem sua família tem meios de assegurar-lhe o sustento, faz jus a um benefício mensal no valor de **um salário mínimo** (EI 34). Tal encargo tem caráter claramente alimentar, que não necessita ser quantificado, pois o valor já está prefixado na lei.

31.18. OBRIGAÇÃO DO ESTADO

O princípio maior da Constituição da República impõe, como fundamento do Estado Democrático de Direito, respeito à dignidade da pessoa humana (CR 1.º III), tem por pressuposto o direito à vida e à sobrevivência.

Esta obrigação é reafirmada no **Estatuto do Idoso** que consagra, de modo explícito, a obrigação alimentar do Estado. Além de assegurar alimentos (EI 11) com origem na **solidariedade familiar** (CC 1.694), vai além. Na ausência de parentes em condições econômicas de prover ao sustento de quem tiver mais de 60 anos, o encargo passa a ser do Poder Público, no âmbito da **assistência social** (EI 14). E quem tem 65 anos de idade, não tendo como garantir a própria subsistência nem podendo socorrer-se da família, tem direito a um benefício mensal no valor de um salário mínimo (EI 34).

É o chamado **Benefício de Prestação Continuada** (BPC). Previsto na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), confere **um salário mínimo** a quem tiver mais de 65 anos ou incapacidade de longo prazo. Outro requisito: a renda familiar não pode ser superior a um quarto do salário mínimo, por pessoa. O encargo, nitidamente, tem caráter alimentar. Ora, se o Estado deve alimentos ao **idoso**, com muito mais razão cabe reconhecer que tem

---

Estatuto do Idoso. [...] 1. Configurada perfunctoriamente a obrigação alimentar e, na falta de outros elementos de prova, a idade do alimentando não pode ser desprezada para a fixação de alimentos provisórios. 2. Nos moldes do art. 3º do Estatuto do Idoso, é obrigação da família assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde e à alimentação, dever que por extensão também é atribuído ao ex-cônjuge enquanto perdurar o vínculo. (TJSC – AI 4017033-33.2016.8.24.0000, 3ª C. Dir. Civ., Rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, 12/06/2017).

a mesma obrigação com relação a quem assegura, com absoluta prioridade, proteção integral: **crianças e adolescentes**. Para se chegar a essa conclusão, basta invocar o princípio constitucional da **igualdade**.

Criança é quem tem menos de 12 anos e adolescente até os 18 anos (ECA 2.º). Eles têm direito de serem criados e educados no seio de sua família, sendo-lhes assegurada a convivência familiar (ECA 19). É atribuído aos pais o dever de garantir a vida e a sobrevivência dos filhos. Mas a ausência de condições de prover-lhes o sustento não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar (ECA 23).

Não possuindo os pais meios de atender ao dever de sustento decorrente do **poder familiar** (CC 1.568 e ECA 22) nem os demais parentes que têm obrigação alimentar decorrente do **princípio da solidariedade** (CC 1.591, 1.592 e 1.694), é do Estado a obrigação de assegurar a manutenção dos jovens carentes.

Afinal, a Constituição da República veda o trabalho até os 16 anos de idade, só admitindo o trabalho como **aprendiz** depois dos 14 anos (CR 7.º XXXIII e 227 § 3.º I). Desse modo, até essa idade, crianças e adolescentes não dispõem de condições de prover à própria subsistência.

Flagrada a absoluta ausência de condições, tanto dos pais, quanto dos parentes que têm a obrigação de garantir-lhes sustento, crianças e adolescentes deveriam poder buscar alimentos do Poder Público no âmbito da assistência social. Os menores de 14 anos fariam jus ao igual valor assegurado aos idosos de mais de 65 anos: um salário mínimo mensal. Para quem tem entre 14 e 18 anos de idade, a forma de o Estado se safar do pagamento dos alimentos é garantindo a eles trabalho como aprendiz.

Em relação a quem tem **capacidade laborativa**, desonera-se o Poder Público do dever alimentar fomentando o desenvolvimento social e o crescimento econômico, de forma a garantir **trabalho** a todos. Por meio do trabalho é que as pessoas conseguem manter a si e a sua família, com isso fica o Estado dispensado de alcançar-lhes alimentos. Mas aos idosos, crianças e adolescentes que não têm meios de prover a própria subsistência, esse encargo deve ser assumido pelo Estado, que tem como dever maior assegurar a dignidade da pessoa humana.

Sentenças condenatórias proferidas contra **pessoa jurídicas de direito público** – que recebem o nome de **Fazenda Pública** – a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, bem como suas autarquias e fundações de direito público (CC 41), sujeita-se a **reexame necessário** (CPC 496). Ou seja, o juiz, ao proferir a sentença, remete **de ofício** à instância recursal. E, somente depois de confirmada, a decisão produz efeito.

A proibição de ser concedida vantagens ou pagamento de qualquer natureza contra a Fazenda Pública, a título de **tutela antecipada** (Leis 12.016/2009 7.º § 2.º e 9.494/21997 2.°-B), não se aplicam às ações previdenciárias,[142] e vem merecendo **interpretação restritiva.**[143] Ora, condicionar a eficácia da decisão do juiz à confirmação do órgão recursal, retiraria o caráter de imediatidade de benefício que tem natureza assistencial.

31.19. COMPENSATÓRIOS

O tema não está previsto de modo expresso na lei. Mas, por insistência da doutrina, a justiça começou a reconhecer o direito a alimentos compensatórios. Para Rodrigo da Cunha Pereira a pensão compensatória surge e ganha força no ordenamento jurídico em consequência do comando constitucional de reparação das desigualdades entre cônjuges ou companheiros, sob o manto de uma necessária principiologia para o Direito das Famílias. O desfazimento de um casamento ou união estável, especialmente àqueles que se prolongaram no tempo, e tiveram uma história de cumplicidade e cooperação, não pode significar desequilíbrio no modo e padrão de vida pós-divórcio e pós-dissolução da união estável.[144]

Para evitar confusões, talvez o melhor fosse falar em **verba ressarcitória, prestação compensatória** ou **alimentos indenizatórios.** Trata-se de verba que não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência,

142. STF – Súmula 729: É permitida a concessão de antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

143. Servidor público. Aposentadoria especial. Verbas de natureza previdenciária. Súmula 729/STF. Inaplicabilidade do art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/2009. Cumprimento da ordem concedida em mandado de segurança. Execução provisória. Possibilidade. Art. 2º-B da Lei 9.494/1997. Interpretação restritiva. 1. Inicialmente, é firme o entendimento do STJ de que, nos termos da Súmula 729 do STF, a regra inserta no art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/2009 não se aplica às causas que discutem verbas de natureza previdenciária, como as que envolvem proventos de aposentadoria de servidor público. 2. O Superior Tribunal de Justiça entende que deve ser dada interpretação restritiva ao art. 2º-B da Lei 9.494/1997, a qual veda a execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública, antes que se opere o seu trânsito em julgado, em ações que tenham por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores, devendo ser observadas as hipóteses expressamente definidas na norma. [...] 4. Recurso Especial não provido. (STJ – REsp 1722515 SP 2018/0006497-1, 2ª T., Rel Min. Herman Benjamin, j. 20/03/2018).

144. Rodrigo da Cunha Pereira. Dicionário de Direito de Família e Sucessões (verbete alimentos compensatórios).

mas corrigir ou atenuar grave **desequilíbrio econômico-financeiro** a um dos cônjuges ou companheiros em comparação com o padrão de vida de que desfrutava a família antes da dissolvida a união. Também faz jus a esta verba quem não receber bens quando do fim da união, por o regime de bens não permitir comunicação dos aquestos. O mais afortunado deve garantir ao ex-consorte que se reequilibre economicamente.

Como afirma Rolf Madaleno, o propósito da pensão compensatória é indenizar – por algum tempo ou não – o desequilíbrio econômico causado pela repentina redução do padrão socioeconômico do cônjuge desprovido de bens e meação, sem pretender a igualdade econômica do casal que desfez sua relação, mas procura reduzir os efeitos deletérios surgidos da súbita indigência social, causada pela ausência de recursos pessoais, quando todos os ingressos eram mantidos pelo parceiro.[145]

Sua origem está no dever de **mútua assistência** e na condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família que os cônjuges adquirem com o casamento (CC 1.565 III). Este vínculo obrigacional existe também entre os companheiros (CC 1.724). A ambos cabe o ressarcimento do desequilíbrio econômico ocasionado pela ruptura da vida, atentando-se ao **princípio da equidade** que serve de base ao dever de solidariedade.

Mesmo que o credor de alimentos compensatórios trabalhe e tenha renda própria, mas insuficiente para a mantença do seu padrão econômico conjugal, perdido em decorrência do divórcio, perdeu a chance de investir em seu próprio capital humano. Assim, os alimentos compensatórios cobrirão seus prejuízos com a periódica prestação pecuniária, como **dívida moral** que em nada aumentará sua riqueza econômica, mas tratará somente de substituir a perda sofrida.[146]

Por isso os alimentos compensatórios podem ser considerados como uma indenização pela **perda da chance** experimentada por um dos cônjuges durante a união. Como não dispõe de conteúdo alimentar, sua fixação não se submete às vicissitudes do trinômio proporcionalidade-possibilidade--necessidade. Dessa forma, mesmo que o beneficiário venha a obter meios de prover sua subsistência, tal não dispensa o devedor de continuar alcançando-lhe o valor estipulado. A possibilidade revisional só cabe quando alteradas as condições econômicas do alimentante, em face da **teoria da**

145. Rolf Madaleno, Direto de Família, 952.

146. Idem, A intributalidade da pensão alimentícia, 32.

imprevisão, cuja cláusula *rebus sic stantibus* sempre está presente em se tratando de obrigações que se prolongam no tempo.

Os alimentos compensatórios cabem ser fixados, inclusive, a título de **tutela antecipada**. Com a imposição do pagamento em única parcela ou de forma periódica. Nem assim podem ser considerados **alimentos** decorrentes das relações de conjugalidade (CC 1.694). Por isso sua fixação não tem por parâmetro o **binômio possibilidade-necessidade**.[147]

Os alimentos compensatórios não se confundem com os **alimentos provisórios** previstos na Lei de Alimentos (4º parágrafo único), quanto à determinação de entrega ao autor de parte da **renda líquida dos bens comuns** administrados pelo réu.[148] A condição de que estejam casados pelo regime da comunhão universal de bens não subsiste, uma vez que, este era o regime legal quando da edição da lei. Imperiosa a determinação de entrega com referência aos bens que, independentemente do regime de bens, pertencem ao casal. Assim, permanecendo na administração exclusiva bens que produzem rendimentos, o outro faz jus à **metade** dos seus rendimentos a título de **meação** dos frutos do patrimônio comum, até a ultimação da **partilha**. Dita estratégia acaba, ao menos, servindo de instrumento de pressão para a divisão do patrimônio comum que, de modo geral, permanece nas mãos do varão, que o administra sozinho, e fica, na maior parte das vezes, com a totalidade dos rendimentos.

Ainda que alimentos compensatórios e provisórios disponham de nítido caráter **reparatório** e **indenizatório**, tal fato, por si só, não autoriza confundi-los. Apesar da distinção, a jurisprudência muito frequentemente se equivoca. Atribui alimentos compensatórios quando a posse e adminis-

---

147. Ação de divórcio litigioso c/c alimentos. Liminar de alimentos provisórios deferida à ex-cônjuge. [...] Diferentemente do que ocorre com a prestação alimentícia natural ou civil (art. 1.694 do CC), para fixação dos alimentos compensatórios não se analisa o conhecido binômio necessidade-possibilidade. A monta é baseada na correção do desequilíbrio patrimonial advindo da separação do casal quando comprovado que somente um dos consortes mantém o controle sobre a administração dos bens, auferindo, isoladamente, os frutos. (TJSC – AI 40032579220188240000 - 4003257-92.2018.8.24.0000, Rel. André Luiz Dacol, j. 17/07/2018).

148. Ação de alimentos compensatórios em favor da ex-esposa. Possibilidade. [...] É cabível a fixação de alimentos compensatórios a serem repassados pelo cônjuge que, depois de rompida a relação, permanece na administração do patrimônio ou usufruindo dos bens comuns, de forma exclusiva, como forma de compor eventual desequilíbrio patrimonial, [...] até que se resolva a questão da partilha de bens em ação de divórcio em tramitação. Decisão mantida. Recurso conhecido e desprovido, em consonância com o Parecer do Graduado Órgão Ministerial. (TJAM – AI 4002609-07.2017.8.04.0000, 1ª C. Cív., Rel. Ernesto Anselmo Queiroz Chixaro, j. 25/02/2018).

tração dos bens comuns permanecem na posse e administração de um dos consortes, o que dá ensejo à concessão de alimentos provisórios. Afinal, nada mais é do que a divisão dos frutos e rendimentos dos bens do casal, a título de ressarcimento pela não imissão imediata dos bens da meação a que faz jus.[149]

Outro ponto que não encontra uma resposta única em sede jurisprudencial diz com a **compensação** dos valores recebidos quando da efetivação da partilha. A tendência é não admitir a compensação, quer quando se trata de alimentos compensatórios, quer de divisão dos frutos dos bens comuns.[150]

A distinção se faz necessária principalmente em sede de **execução**. A tendência amplamente majoritária é no sentido de que os alimentos compensatórios, por não terem **natureza alimentar**, não autorizam execução

---

149. Divórcio litigioso. Partilha de bens e pensão. Concepção de alimentos. 1. O julgador deve atentar-se não só à terminologia pura e técnica das expressões utilizadas no mundo jurídico, mas no bem da vida buscado pelas partes, mormente nas questões envolvendo direitos de família, de crianças, de adolescentes e a saúde. Nesse sentido, o pedido de alimentos temporários articulado por ex-cônjuge que participou da construção de um vultoso patrimônio ao longo de décadas não deve ser visto como mero pensionamento, mas na possibilidade de se ter por compensada, ainda que de modo insuficiente, toda a perda experimentada ao longo dos anos, com a separação de fato. 2. Os alimentos compensatórios são espécie de alimentos transitórios ou temporários, porquanto possuem nítido cunho resolúvel, surtindo efeito pelo prazo fixado na decisão judicial – sob termo ou condição (até a partilha dos bens do casal) – findo o qual estará cessado, automaticamente, o dever alimentício. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados. (TJGO – AI 01126718820198090000, 5ª C. Cív., Rel. Guilherme Gutemberg Isac Pinto, j. 14/08/2019).

150. Ações de divórcio e partilha conexas. [...] II. Alimentos ditos "compensatórios". Revogação pela decisão terminativa. Pretensão de restabelecimento do encargo até efetivação da partilha. Cabimento. Alimentos fixados à vista da administração exclusiva, pelo varão, de bem comum que rende frutos (sociedade empresária). Alimentos provisórios (art. 4º, parágrafo único, da Lei de Alimentos) e, não, compensatórios. Direito fundado na existência de copropriedade acerca das quotas sociais e rendimentos da empresa. Obrigação que persiste até cessar, efetivamente, o estado de condomínio e, não, até a deliberação acerca da partilha. Precedentes. Apelo da virago provido no ponto. III. Compensação dos alimentos com a meação da virago. Possibilidade com relação aos lucros auferidos no período da administração exclusiva. Verbas de caráter indenizatório e, não, alimentar, pagas a título de antecipação da partilha que autorizam a compensação. Recurso do varão provido por fundamento diverso. [...] (TJSC – AC 00081731820118240023 – 0008173-18.2011.8.24.0023, Rel. Jorge Luis Costa Beber, j. 26/07/2018).

pelo rito da **prisão civil**.[151] Mas, pode ocorrer mediante a penhora dos **proventos** do devedor.[152]

31.20. TRANSITÓRIOS

No âmbito das relações familiares, a obrigação alimentar, seja de que natureza for, persiste enquanto houver necessidade de um e possibilidade do outro. Quer decorra do poder familiar, solidariedade parental ou dever de mútua assistência. Até a existência de vínculo de afetividade gera direito a alimentos.

Estabelecidos alimentos consensualmente ou por decisão judicial, o encargo cessa da mesma forma. Por acordo das partes ou por sentença que reconheça o fim da necessidade do credor ou da possibilidade do devedor.

Os alimentos entre **ex-cônjuges** ou **ex-companheiros** são devidos em nome do compromisso afetivo que os levaram a compartilharem sonhos, projetos e vidas, responsabilidade que não cessa com o fim da união, ao ser reconhecida a dificuldade de um prover a própria subsistência, tendo o outro condições de auxiliá-lo.

No entanto, com o nome de alimentos transitórios, de forma absolutamente aleatória, passou a Justiça a impor termo final ao dever alimentar. Quer extinguindo o encargo estabelecido sem prazo, quer exonerando o devedor pelo só transcurso de determinado prazo.

Apesar de reconhecerem ausência de previsão legal, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald afirmam que os alimentos transitórios possuem nítido cunho **resolúvel**, vigente pelo prazo fixado na decisão judicial (sob termo ou condição), findo o qual cessa, automaticamente, o dever alimentício. Às vezes, pode corresponder a um determinado período de tempo, noutras

151. Execução de alimentos provisórios. [...] Alimentos compensatórios arbitrados em favor de ex-cônjuge. Inaplicabilidade do rito do art. 528, § 3º, do CPC. [...] 7. Em se tratando de alimentos provisórios, fixados *initio litis* em ação de divórcio, é natural a pendência da partilha dos bens comuns do casal, não sendo esse motivo plausível para justificar o descumprimento da obrigação alimentar devida aos filhos menores, especialmente se a maioria dos bens comuns do casal ficou na posse do alimentante. [...] Agravo de instrumento parcialmente provido. (TJGO – AI 05229994620188090000, Rel. Zacarias Neves Coelho, 2ª C. Civ., j. 22/04/2019).

152. Execução de alimentos compensatórios. Fruição exclusiva de um bem comum. Penhora de proventos. Possibilidade. A impenhorabilidade de proventos não se aplica à execução de alimentos compensatórios, cujo crédito originou de acordo entre as partes pela fruição exclusiva de bem comum. Recurso conhecido e provido. (TJMG – AI 10056092110479005 MG, Rel. Albergaria Costa, j. 04/07/2019).

vezes pode estar condicionado à conquista do mercado de trabalho. Alegam que sua admissibilidade impede a **violação da confiança** exigida entre as partes da relação obrigacional, obstando que o alimentando se mantenha indefinidamente precisando dos alimentos. Trata-se, indubitavelmente, de concretização da **boa-fé objetiva**.[153]

Já Rolf Madaleno sustenta que são outros tempos e padrões de conduta vividos pela sociedade brasileira, cujas mudanças sociais e culturais impuseram o trabalho como uma obrigação também da mulher, que assim afirma sua dignidade e adquire sua independência financeira ao deixar de ser confinada ao recesso do lar e passar do estágio de completa dependência para o de provedora da sua subsistência pessoal, além de auxiliar no sustento da prole, em paritário concurso de seu parental dever alimentar.[154]

Estas justificativas, além de absolutamente à margem da lei, estão fora da realidade que ainda persiste nos dias de hoje. O próprio Cristiano Chaves, alerta o magistrado deve estar atento ao processo cultural, o projeto de vida do casal e o nível de dependência criado, voluntariamente ou não entre eles. Se de um lado, observa-se um notável (e justo) avanço da liberdade comportamental feminina, ocupando diversas posições sociais, de outra banda, ainda se tem relacionamentos afetivos em que a insegurança e a vaidade masculina (que beiram a burrice emocional) terminam por subjugar a mulher nas situações mais cotidianas e banais.[155]

Desgraçadamente não desapareceu o ranço cultural, conservador e machista das estruturas familiares. E, durante o período da vida em comum – por opção ou imposição –, a mulher fica fora do mercado de trabalho. Afinal, é dela o encargo com a casa, o marido e a única responsável pelos filhos, doentes e idosos. Além disso, percebe-se menos de 30% no desempenho da mesma atividade profissional feita por homens.

Às claras que, sem qualificação, fora do mercado de trabalho há muito tempo, em um país em que o número de desempregados é assustador, não há como se presumir ingenuamente que a necessidade de prover a própria subsistência vai cessar à medida em que a mulher for envelhecendo.

O fato que esta perversa tendência se alastrou. Mesmo fixados sem prazo determinado, a Justiça estabelece um fim aos alimentos, sob a justificativa de que deve persistir apenas pelo tempo necessário para a reinserção

153. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil: Famílias, 644.

154. Rolf Madaleno, Direito de Família, 992.

155. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Resenvald, Curso de Direito Civil: Famílias, 761.

no mercado de trabalho ou autonomia financeira do alimentado. Inclusive, a cessação do encargo alimentar chega a ser determinado **de ofício** pelo juiz, ou seja, mesmo quando não requerida pela parte, o que, escancaradamente configura **decisão *ultra petita*.**

Ainda assim, argumentos para a Justiça extinguir o encargo alimentar não faltam:

- A obrigação de prestar alimentos transitórios – a tempo certo – é cabível, em regra, quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do alimentante – outrora provedor do lar –, que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá **automaticamente.** [156]
- Entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, desfeitos os laços afetivos e familiares, a obrigação de pagar alimentos é **excepcional**, de modo que, quando devidos, ostentam, ordinariamente, caráter assistencial e **transitório**, persistindo apenas pelo prazo necessário e suficiente ao soerguimento do alimentado, com sua reinserção no mercado de trabalho ou, de outra forma, com seu autossustento e autonomia financeira. As exceções a esse entendimento se verificam, por exemplo, nas hipóteses em que o ex-parceiro alimentado não dispõe de reais condições de reinserção no mercado de trabalho e, de resto, de readquirir sua autonomia financeira. É o caso de vínculo conjugal desfeito quando um dos cônjuges ou companheiros encontra-se em idade já avançada e, na prática, **não empregável**, ou com **problemas graves de saúde.**[157]
- O fim da relação deve estimular a independência de vidas e não o **ócio**, pois não constitui garantia material **perpétua**, razão pela qual o pagamento de alimentos é regra excepcional que desafia **interpretação restritiva.**[158]
- Entende-se que os alimentos cumpriram sua finalidade, após terem sido prestados, *in pecunia* e *in natura*, por mais de 03

156. STJ – REsp 1025769/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/08/2010.
157. STJ – REsp 1496948/SP, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 03/03/2015.
158. STJ – Resp 1.688.619, 3ª T., Rel Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26/09/2017.

anos, à pessoa com plena capacidade laboral e renda própria, não subsistindo, pois, o dever de mútua assistência.[159]

- A prestação de alimentos entre ex-cônjuges é excepcional, de modo que, quando fixada sem prazo determinado, deve persistir apenas pelo tempo necessário para a reinserção no mercado de trabalho ou autonomia financeira do alimentado, considerados o tempo decorrido de pagamento dos alimentos e o potencial para o trabalho do beneficiário, ao invés da análise apenas do binômio necessidade-possibilidade. [...] a existência de despesas superiores às possibilidades econômicas da alimentada não podem ser transferidas ao ex-marido, por caber àquela ajustar sua vida e a contração de obrigações ao seu orçamento.[160]
- Ausência de **provas** acerca da **impossibilidade laboral** da desta. Ex-marido que adimple os alimentos há mais de dois anos. Intervalo suficiente para reinserção da alimentanda no mercado profissional.[161]
- O ordenamento jurídico prevê a possibilidade de prestação de alimentos entre os ex-cônjuges decorrente do princípio constitucional da solidariedade familiar, como medida excepcional e caráter transitório, ante a **comprovada necessidade** de quem os reclama e a capacidade financeira de quem os supre.[162]
- A obrigação de pagar alimentos ao ex-cônjuge ou ex-companheiro é excepcional, ostentando, ordinariamente, **caráter assistencial e transitório**. Seu deferimento exige prova inequívoca da impossibilidade de mantença do solicitante pelo próprio sustento, a qual não integra os presentes autos digitais.[163]

159. TJRS – AC 70074134255 RS, 8ª C. Cív., Rel Rui Portanova, j. 05/10/2017.
160. ST – AgInt no AREsp: 1256698 RS 2018/0048202-8, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 22/05/2018.
161. TJSC – AC 00169957420138240039 Lages 0016995-74.2013.8.24.0039, 8ª C. Dir. Priv., Rel. Ricardo Fontes, j. 14/05/2019.
162. TJDF – AI 07024348520198070000 – 0702434-85.2019.8.07.0000, 2ª T. Cív., Rel. Cesar Loyola, j. 22/05/2019.
163. TJGO – AI 01004922520198090000, 4ª C. Cív., Rel Beatriz Figueiredo Franco, j. 12/07/2019.

Todos estes antecedentes, no entanto, já vêm encontrando resistência, a sinalizar, quem sabe, o retorno ao bom senso.[164]

Estipulados alimentos transitórios, **esgotado o prazo** na fase recursal, contra a fixação, o recurso perde o objeto, principalmente diante da irrepetibilidade dos alimentos.[165]

31.21. *INTUITU FAMILIAE*

Ainda que o crédito alimentar seja personalíssimo é possível sua instituição a favor de mais de uma pessoa, uma vez que a **solidariedade** pode ser estabelecida por vontade das partes (CC 265). A falta de expressa individualização da proporção de cada beneficiário, faz presumir que foi instituída, *intuitu personae.* Assim são chamados os alimentos definidos em favor de mais de uma pessoa de **forma global**, sem individualizar o quanto para cada um. Normalmente são estipulados em benefício da **entidade familiar** – ex-mulher e filhos –, até porque muitas das despesas são comuns.

Como o crédito é em prol de todos, dispõe cada um de legitimidade para a cobrança da integralidade do valor. Deste modo, caso um ou mais filhos atinjam a maioridade, pode a genitora propor a execução para cobrança da totalidade do débito.

Mesmo cessando a necessidade de algum dos beneficiários, tal não implica, obrigatoriamente, na redução do valor dos alimentos, por sua natureza difusa. Mas, nesta hipótese é cabível invocar a cláusula *rebus sic*

164. Ação de exoneração de alimentos. Pleito de exoneração da verba alimentar destinada à ex-cônjuge. Descabimento. Ausência de provas da alegada impossibilidade do autor em prestar auxílio à ex-cônjuge. Manutenção das necessidades da alimentada. Sentença mantida. A exoneração da obrigação alimentar decorrente do dever de solidariedade e mútua assistência, exige a comprovação da redução da capacidade contributiva de quem auxilia materialmente, assim como a demonstração da desnecessidade de quem a recebe. [...] Apelação desprovida. (TJRS – AC 70082503236, 8ª C. Cív., Rel. José Antônio Daltoe Cezar, j. 30/01/2020).

165. Decisão interlocutória em que foi deferido o pedido de tutela provisória de urgência para fixação de alimentos. Verba fixada em 1 salário mínimo em favor do filho e 70% sobre o salário mínimo, pelo período de 6 meses, em favor da ex-cônjuge. Irresignação da parte ré. Pleito de afastamento dos alimentos transitórios fixados em favor da ex-cônjuge. Prazo já escoado. Irrepetibilidade dos alimentos. Superveniente ausência de interesse recursal. Recurso não conhecido no ponto. Escoado o prazo fixado para a prestação de alimentos transitórios à ex-companheira, o recurso que ataca a decisão que os fixou perde o objeto, principalmente diante da irrepetibilidade dos alimentos. (TJSC – AI 40183165720178240000 - 4018316-57.2017.8.24.0000, 6 C. Dir. Civ., Rel. André Carvalho, j. 19/02/2019).

stantibus, por alteração do binômio necessidade/possibilidade e afronta o **princípio da razoabilidade** o que justifica pedido revisional.

Estabelecida a obrigação alimentar de forma conjunta, na ação de redução ou de exoneração do encargo com relação a um dos credores é necessária a **citação** de todos os beneficiados. Impõe-se a formação de um **litisconsórcio passivo**, pois o crédito foi estabelecido em favor de todos.[166]

31.22. PROPORCIONALIDADE-NECESSIDADE-POSSIBILIDADE

A responsabilidade alimentar recebe tratamento uniforme no Código Civil. Inexiste distinção de critérios para a fixação do seu valor em razão da natureza do vínculo obrigacional. Estão regulados de forma conjunta os alimentos decorrentes dos laços de consanguinidade, de solidariedade, do poder familiar, do casamento e da união estável. O valor deve permitir que o alimentando viva de modo compatível com a sua condição social. Ainda que seja esse o direito do credor, na quantificação de valores é necessário que se atente às possibilidades do devedor de cumprir o encargo. Assim, de um lado há alguém com direito a alimentos e, de outro, alguém obrigado a alcançá-los.

A regra para a fixação do encargo alimentar é vaga e representa apenas um *standard* jurídico (CC 1.694 § 1º e 1.695). Dessa forma, abre-se ao juiz um extenso campo de ação, capaz de possibilitar o enquadramento dos mais variados casos individuais.[167] Tradicionalmente, invoca-se o **binômio necessidade-possibilidade**, perquirindo-se as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante para estabelecer o valor do pensionamento. No entanto, essa mensuração é feita para que se respeite a diretriz da **proporcionalidade**.

Ou seja, para definir valores, há que se atentar ao dogma que norteia a obrigação alimentar: o **princípio da proporcionalidade**. Esse é o vetor para

---

166. Exoneração de alimentos. Maioridade. Alimentos *intuito familiae*. Filho menor. Readequação do *quantum*. 1. Como os alimentos restaram fixados *intuitu familiae*, a revisão ou exoneração de alimentos reclama o chamamento de todos os destinatários, como ocorreu no caso em exame. 2. Sendo exonerado da obrigação alimentar em relação ao filho maior, imperioso examinar a redefinição da verba alimentar para o filho menor. 3. É cabível a redução do *quantum* fixado anteriormente para dois filhos quando resta definido somente para um deles, que não possui necessidades especiais, enquanto o alimentante constituiu nova família e tem mais um filho menor. Recurso parcialmente provido. (TJRS – AC 70075970723 RS, 7ª C. Civ., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 28/02/2018).

167. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 384.

a fixação dos alimentos. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o princípio da proporcionalidade ou da **razoabilidade**, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, segue a regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.[168] Por isso se começa a falar, com mais propriedade, em trinômio: proporcionalidade-possibilidade-necessidade.[169]

O critério mais seguro para a fixação dos alimentos é tomar como base de cálculo os **ganhos e rendimentos** percebidos pelo alimentante junto a alguma fonte pagadora, seja ente público, seja vínculo laboral na iniciativa privada. É a melhor forma de resguardar o **princípio da proporcionalidade**. Fica garantido o reajuste no mesmo percentual dos ganhos do devedor, afastando-se discussões acerca da defasagem de valores. Dita modalidade, além de guardar relação com a capacidade econômica do alimentante, assegura proporcional e automático reajuste.

Quando o alimentante é **profissional liberal**, autônomo ou empresário, enorme é a dificuldade de descobrir seus ganhos. Por isso, pode o juiz solicitar à Receita Federal cópia da **declaração de renda**. Também é possível determinar a quebra do **sigilo fiscal** e **bancário** de quem tem o ônus de pagar alimentos.[170]

A possibilidade de **constituição de sociedades** dá ensejo a que as pessoas dos sócios restem totalmente invisíveis. Todo o patrimônio figura como sendo da pessoa jurídica, percebendo os seus integrantes singelos valores a título de *pró-labore*. Esses mecanismos de despatrimonialização, sob a denominação de **planejamento sucessório**, surgiram para driblar

168. Gilmar Ferreira Mendes, Curso de Direito Constitucional, 114.

169. Alice de Souza Birchal utiliza essa expressão, mas em inversa ordem: necessidade-possibilidade-proporcionalidade. (A relação processual dos avós no Direito de Família:..., 54).

170. Ação de divórcio litigioso c/c alimentos provisórios. Quebra de sigilo bancário e fiscal. Medida extrema. Limitação temporal. Exibição de documentos de terceiros. Impossibilidade. Decisão reformada. 1. A quebra de Sigilo fiscal e bancário do alimentante não configura violação à intimidade e não é medida ilegal, uma vez que é necessária para aferir a capacidade financeira do agravado para a obrigação de alimentos, que como princípio referente à dignidade humana, se sobrepõe ao sigilo fiscal e bancário. No entanto, deverá se limitar ao período da demanda. [...] Agravo de instrumento conhecido e provido em parte. (TJGO – AI 05421076120188090000, 3ª C. Cív., Rel. Itamar de Lima, j. 18/07/2019).

encargos tributários. Mas passaram a ser utilizados pelos devedores de alimentos, na tentativa de dificultar ■ aferição dos seus reais rendimentos. Por essa razão, vem cada vez mais ganhando espaço, o uso da teoria da despersonalização da pessoa jurídica, chamada de princípio da ***disregard***, que permite desvendar entes societários para descobrir a real participação de determinado sócio (CC 50). Do mesmo modo cabe a **desconsideração invertida da personalidade jurídica** sob a qual se escuda o alimentante.[171] Essas possibilidades investigatórias não se confrontam com os princípios constitucionais da **privacidade** e da **intimidade** do alimentante, pois se sobreleva o direito à vida do alimentando.

Cabe ao juiz fixar os alimentos. Para isso, precisa dispor dos meios necessários para saber as necessidades do credor e as possibilidades do devedor. Como é difícil ao credor provar os ganhos de quem não convive, tal autoriza o juiz a **inverter ■■ ônus probatórios**, impondo ao réu o encargo de comprovar seus rendimentos (CPC 373 § 1.º). Desatendida a determinação os alimentos devem ser fixados considerando as necessidades do credor e os indícios que evidenciem o **padrão de vida** que desfrutava a família. Ou seja, cabe ao magistrado atentar aos sinais externos de riqueza do devedor.[172] Nada mais do que invocar **princípio da aparência.**[173]

---

171. Execução de alimentos. Verba bloqueada depositada em conta judicial. Desconsideração inversa da personalidade jurídica. Indícios de confusão patrimonial. Manutenção da decisão. 1) Há decisão do Juízo ■ quo acatando a determinação de instaurar o incidente de desconsideração inversa da personalidade jurídica, portanto resta superado tal questionamento. 2) Havendo fortes indícios de confusão patrimonial, não há razão para suspender a decisão monocrática que determinou o depósito do valor bloqueado em conta judicial. 3) Agravo interno a que se nega provimento. (TJAP – AI 00021437420188030000 AP, Rel. Des. Rommel Araújo de Oliveira, j. 18/12/2018).

172. JCJF – Enunciado 573: Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza.

173. Ação de oferta de alimentos. Sinais exteriores de riqueza. Redução do valor fixado. Inviabilidade. 1. Para ■ fixação dos alimentos devem ser sopesadas as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, nos termos do art. 1.694, § 1º, do Código Civil. 2. O apelante não demonstrou a alegada impossibilidade de arcar com o pagamento dos alimentos no valor fixado. O apelante apresenta nas páginas sociais uma vida não condizente com a alegação de hipossuficiência financeira, ostenta em postagens de festas nas redes sociais padrão de vida elevado, o que implica afirmar os sinais exteriores de riqueza que permitem identificar gozar o apelante de patamar financeiro superior ao alegado. 3. Diante das necessidades da menor e do valor fixado ■ título de alimentos ■ ser pagos pelo genitor, está evidente que a genitora arca com ■ maior parte das despesas da filha. Não se pode perder de vista que a capacidade contributiva de um genitor não pode ser alegada para justificar o pedido de redução do valor da contribuição do outro. Imperioso a demonstração de

Em sede alimentar, o magistrado não está adstrito ao **princípio da congruência**, que restringe a decisão judicial ao limite dos pedidos das partes. Desse modo, pode fixar a verba alimentar em valor superior ao *quantum* pleiteado pelo autor, sem que se possa falar em decisão *citra* ou *ultra petita* (CPC 2.º, 141 e 492).

31.23. QUANTIFICAÇÃO

Os alimentos devem permitir a mantença do **mesmo padrão de vida** que desfrutava o alimentando antes da imposição do encargo (CC 1.694). O princípio balizador é a necessidade de quem percebe e a possibilidade de quem paga (CC 1.694 § 1.º). Também é necessário atentar ao **princípio da razoabilidade** (CPC 8.º), que determina ao juiz que aplique o ordenamento jurídico resguardando e promovendo a dignidade humana.

A uniformidade de tratamento conferida pelo Código Civil ao instituto dos alimentos não afastou a distinção já consolidada na jurisprudência, de quantificá-los segundo a natureza do vínculo obrigacional. Aos filhos, os pais devem **alimentos civis**. Ao **cônjuge** e ao **convivente**, são devidos **alimentos naturais**.

Os alimentos devidos a favor dos **descendentes** têm origem no **poder familiar**. Sendo dos genitores o dever de garantir a criação e a educação dos filhos (CC 1.634). Com o fim da conjugalidade dos pais, tal dever se transforma em obrigação alimentar. O estabelecimento da **guarda compartilhada** é a regra (CC 1.584 § 2.º). Apesar de determinada a divisão do tempo de convívio dos pais com os filhos de forma equilibrada, tal não exime a obrigação de pagar alimentos,[174] de forma **proporcional** aos rendi-

---

uma eventual situação de desequilíbrio. 4. As provas a respeito da capacidade financeira do apelante que demonstram ser incompatíveis com a renda declarada, bem como os sinais exteriores de riqueza ostentados, sendo ele conhecedor de suas reais possibilidades, não pode, em flagrante postura contraditória e incoerente com as provas colhidas, pleitear a redução da pensão alimentícia sob a alegação de impossibilidade financeira. 5. Apelação desprovida. (TJDF – AC 00036316420168070019 – 0003631-64.2016.8.07.0019, 1 T. Cív., Rel. Hector Valverde, j. 10/04/2019).

174. Guarda e alimentos. Guarda compartilhada. Convivência familiar. Adequação do *quantum*. 1. A chamada guarda compartilhada não é artifício para liberar o genitor do encargo de sustentar os filhos, nem consiste em transformar os filhos em objeto, que ficam a disposição de cada genitor por um determinado período, mas é uma forma harmônica que permite aos filhos desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação amplo e flexível, mantidos os referenciais de moradia e a rotina de vida. 2. Como os filhos ficarão a maior parte do tempo com a mãe, sendo a casa materna o referencial de moradia, cabe ao genitor

mentos do alimentante. Chega-se a definir o filho como "sócio do pai", pois tem ele direito de manter o mesmo **padrão de vida** ostentado pelo genitor. Portanto, em se tratando de alimentos devidos em razão do **poder familiar**, o balizador para a sua fixação, mais que a necessidade do filho, é a **possibilidade** do pai: quanto mais ganha este, mais paga àquele. Melhorando a condição econômica do alimentante, é possível o pedido revisional para majorar a pensão e adequá-la ao critério da proporcionalidade. Persistindo a necessidade após o implemento da maioridade, a prole continua a fazer jus a alimentos, em face da permanência do vínculo paterno-filial.[175]

A verba alimentar devida entre **cônjuges e companheiros** é fixada com mais parcimônia, destinando-se ao atendimento das **necessidades de sobrevivência com dignidade**. Os alimentos devem atender ao indispensável para a mantença do beneficiário. A fixação da obrigação não atende estritamente ao critério da proporcionalidade: prende-se mais às necessidades do credor do que às possibilidades do devedor.

Cônjuge e companheiro não se beneficiam da ascensão econômico-financeira do ex-parceiro. Podem buscar majoração da pensão se houver aumento de suas necessidades, não em razão da melhoria de vida do alimentante. Idêntico é o critério utilizado quando se trata de obrigação decorrente do vínculo de **solidariedade familiar**, devida pelos avós ou pelos parentes colaterais.

A quantificação dos alimentos é levada a efeito pelo juiz. O valor indicado pelo credor é meramente **estimativo**, quer se trate de ação de alimentos proposta pelo credor, quer de demanda de oferta de alimentos intentada pelo devedor. Assim, em sede de obrigação alimentar não há falar em decisão *ultra* ou *extra petita* quando o juiz fixa alimentos além do pedido ou altera a base de cálculo de salário mínimo para percentual dos rendimentos do devedor.[176]

---

concorrer com alimentos *in pecunia*, enquanto a genitora presta alimentos *in natura*. [...] Recurso desprovido. (TJRS – AC 70074739947, 7 C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves..j. 30/08/2017).

175. Agravo interno no recurso especial. Ação de revisão de alimentos. Maioridade. Manutenção da obrigação. Possibilidade. Necessidades da alimentanda. Permanência. Improcedência do pedido. [...] Agravo interno improvido. 1. A redução de pensão alimentícia a filho que alcançou a maioridade não é automática, dependendo da prova da redução das suas necessidades ou da diminuição das possibilidades do seu genitor. Precedentes. [...] 4. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ – AgInt no REsp 1852422/MG (2019/0366809-8), Rel. Min. Raul Araújo, j. 22/06/2020).

176. Exoneração de alimentos. Redução operada na origem. Sentença *extra petita*. Inocorrência. Ausência de fato novo. 1. Uma vez apresentados inúmeros julgados que

31.23.1. Base de incidência

O critério mais seguro para a fixação dos alimentos é tomar como base de cálculo os **ganhos e rendimentos** percebidos pelo alimentante junto a alguma fonte pagadora, seja de um ente público, seja decorrente de vínculo laboral na iniciativa privada. É a melhor forma de resguardar o **princípio da proporcionalidade**. Fica garantido o reajuste no mesmo percentual dos ganhos do devedor, afastando-se discussões acerca da defasagem de valores. Dita modalidade, além de guardar relação com a capacidade econômica do alimentante, assegura proporcional e automático reajuste.

Ainda que utilizadas de modo indistinto, as expressões que identificam os ganhos do trabalho têm sentidos precisos.

- **vencimento** – retribuição pecuniária pelo efetivo exercício de cargo público;
- **remuneração** – vencimento do cargo efetivo e mais vantagens pecuniárias concedidas de forma permanente. Em sentido genérico, vencimento abrange tudo quanto vem a integrar a remuneração, isto é, adicionais, gratificações e outras vantagens;[177]
- **salário** ou **estipêndio** – rendimentos percebidos pelo empregado que trabalha na iniciativa privada;
- **pró-labore** – ganhos aferidos pelos sócios de pessoa jurídica;
- **rendimento bruto** – é o total dos ganhos. Corresponde à remuneração com todos os seus penduricalhos;
- **rendimento líquido** – é o quanto a pessoa percebe, excluídos os descontos obrigatórios impostos por lei;
- **proventos** – rendimentos da aposentadoria.

Os alimentos são calculados sobre o valor da **remuneração excluído** apenas a contribuição previdenciária, o imposto de renda retido na fonte

---

corroboram o entendimento unânime segundo o qual não é *extra petita* a decisão que, em sede de ação de exoneração de alimentos, apenas reduz o valor da pensão alimentícia, adequando-a ao binômio legal, não há falar em ausência dos requisitos disciplinados no artigo 932 do CPC. [...] (TJGO – AC 00374626620168090175, 6ª C. Cív., Rel. Des. Sandra Regina Teodoro Reis, j. 15/06/2020).

177. Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 531.

e as parcelas de natureza indenizatória, como auxílios alimentação e transporte, FGTS e multa rescisória.

Algumas rubricas geram questionamentos sobre se devem ou não ser inseridas na base de cálculo dos alimentos.

- **décimo terceiro** e **terço constitucional de férias** – O STJ firmou tese pacificando o entendimento de que a pensão alimentícia alcança estes ganhos.[178] No mesmo sentido enunciado do IBDFAM.[179] Apesar de não existir qualquer **distinção** sobre a base de cálculo, injustificado reconhecer que os alimentos só incidem sobre tais verbas se os são fixados em **percentual** do salário, rendimento ou provento. Estabelecidos em **valor fixo** ou em **salários mínimos**, ainda que o devedor perceba esses acréscimos, não são levados em consideração;[180]
- **horas extras** – ainda que não tenham caráter salarial, é verba de natureza remuneratória e, como tal, entram no cálculo do valor dos alimentos;[181]

---

178. STJ – Tema 192: A pensão alimentícia incide sobre o 13° salário ■ o terço constitucional de férias, também conhecidos, respectivamente, por gratificação natalina ■ gratificação de férias.

179. IBDFAM – Enunciado 14: Salvo expressa disposição em contrário, os alimentos fixados *ad valorem* incidem sobre todos os rendimentos percebidos pelo alimentante que possua natureza remuneratória, inclusive um terço constitucional de férias, 13° salário, participação nos lucros e horas extras.

180. Alimentos. Critério de fixação da pensão alimentícia. Percentual sobre o salário mínimo. Descabimento da incidência sobre 13° salário. 1. Como os alimentos não foram fixados com incidência de percentual sobre os ganhos do alimentante, mas em percentual sobre o valor do salário mínimo, como postulado na exordial, mostra-se descabida a pretendida incidência sobre 13° salário do alimentante. [...] (TJRS – AC 70080748346, 7ª c. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 29/05/2019).

181. Recurso especial. Alimentos. Horas extras. Incidência. 1. O valor recebido pelo alimentante a título de horas extras, mesmo que não habituais, embora não ostente caráter salarial para efeitos de apuração de outros benefícios trabalhistas, é verba de natureza remuneratória e integra a base de cálculo para a incidência dos alimentos fixados em percentual sobre os rendimentos líquidos do devedor. Precedente. 2. Com efeito, em caso semelhante ao destes autos, já se posicionou este Sodalício, em precedente da minha lavra, no sentido de que, o valor recebido pelo alimentante a título de horas extras, mesmo que não habituais, embora não ostente caráter salarial para efeitos de apuração de outros benefícios trabalhistas, é verba de natureza remuneratória e integra a base de cálculo para a incidência dos alimentos fixados em percentual sobre os rendimentos líquidos do devedor. [...] (STJ – REsp 1552234 SP 2015/0215477-9, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 03/10/2018).

- **adicionais noturno, de periculosidade, por feriados trabalhados,** bem como **PIS/PASEP** e conversão de férias em pecúnia – todas estas rubricas são percebidas de forma habitual e servem de base para o cálculo da verba alimentar;
- **auxílio-moradia** e auxílio alimentação;[182]
- **prêmios e participações nos lucros** – existe dissídio no âmbito da própria 3ª Turma do STJ.[183] Mas não há como retirar o caráter remuneratório de tais ganhos;
- **ajuda de custo,**[184] **despesas de viagem**, e de **transferência** – não compõem a base de cálculo dos alimentos. Não possuem natureza remuneratória, mas sim **indenizatória**;
- **FGTS,**[185] **aviso-prévio** e **verbas rescisórias**[186] – também possuem natureza indenizatória e sobre eles não incidem os alimentos;

---

182. Alimentos. Inclusão de verbas indenizatórias na base de cálculo da prestação alimentícia. Auxílio-moradia e auxílio-alimentação. Impossibilidade. Sentença mantida. 1. A jurisprudência desse Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os alimentos devem incidir sobre o valor bruto das verbas remuneratórias, inclusive sobre o 13º salário e gratificação de férias, e não sobre verbas com caráter indenizatório, como é o caso do auxílio-moradia e auxílio-alimentação. (TJDF – AC 07056515220188070007 – 0705651-52.2018.8.07.0007, 3ª T. Cív., Rel. Roberto Freitas, j. 30/09/2020).

183. Recurso especial. No tocante aos valores recebidos a título de participação nos lucros, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que as parcelas percebidas a título de "participação nos lucros" configuram rendimento para fins de apuração do quantum devido em obrigação alimentícia, especialmente na hipótese de os alimentos serem definidos em percentual da renda do alimentante, devendo, portanto, integrar a base de cálculo da pensão alimentícia. (STJ – REsp 1866046 SP 2020/0058718-0 (Dec. monocrática), Rel. Min. Raul Araújo, 30/06/2020).
Agravo interno no recurso especial. [...] Alimentos. Participação nos lucros e resultados. Base de cálculo. Exclusão. Precedentes da terceira turma. Decisão mantida. Agravo interno não provido. 3. A Terceira Turma desta Corte já se pronunciou no sentido de que as verbas pagas em caráter transitório e independentes do exercício habitual das funções do empregado detêm caráter indenizatório e não configuram remuneração, sendo que a Participação nos Lucros e Resultados não deve integrar a base de cálculo da pensão alimentícia. Precedentes. 4. Agravo interno não provido. (STJ – AgInt no REsp 1721854/SP, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 19/10/2020).

184. TJAM – AC 06345404920148040001 AM 0634540-49.2014.8.04.0001, 2ª C. Cív., Rel. Ari Jorge Moutinho da Costa, j. 22/07/2019.

185. TJRS – AI 70082026527 RS, 8ª C. Cív, Rel Luiz Felipe Brasil Santos, j. 30/01/2020.

186. TJRS – AI 70081414773 RS, 7ª C. Cív., Rel. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 21/06/2019.

- **plano de demissão voluntária** (PDV) – a mesma natureza indenizatória é reconhecida à verba recebida a título de adesão ao incentivo demissionário.[187] Contudo, não pela natureza do crédito, mas para assegurar a continuidade do pagamento da pensão, o percentual fixado a título de alimentos sobre tais quantias deve ficar retido. Com isso afasta-se o risco de o alimentante, diante do eventual desemprego, deixar o alimentado sem auxílio financeiro até se estabilizar novamente. Não se trata de incidência de alimentos sobre as referidas verbas, mas mera **garantia de adimplemento** dos alimentos **futuros**. O valor fica à disposição do juízo, que autoriza, mensalmente, o levantamento do valor dos alimentos. Inconcebível que, subitamente, em razão do desemprego do genitor, deixe o filho de receber pensão alimentícia. Assim, até o exaurimento do montante retido, terá a segurança de subsistência. De outro lado, passando o alimentante a alcançar os alimentos por outra fonte pagadora, eventual saldo das quantias retidas deve ser-lhe devolvido.

Ainda que a lei afirme que as contas do FGTS são absolutamente **impenhoráveis** especificando as hipóteses de seu levantamento, os tribunais admitem tanto a penhora como o levantamento do numerário em se tratando de dívida alimentar.[188] Tal não desloca a competência para a **Justiça Federal** nem admite a participação da Caixa Econômica Federal, mera gestora do fundo.

31.23.2. Imposto de renda

No que diz com os ônus tributários em razão do encargo alimentar, é manifesta a desigualdade entre quem paga os alimentos e quem fica com a guarda do filho.[189] O **alimentante** pode deduzir de seus rendimentos a integralidade dos alimentos fixados por decisão judicial ou acordo homologado em juízo. No entanto o **credor** fica sujeito à tributação. Os alimentos

187. [...] Ainda, é pacífico também que as verbas rescisórias trabalhistas, como o aviso prévio, valores decorrentes de Plano de Demissão Voluntária PDV, por possuírem evidente natureza indenizatória, não podem integrar a base de cálculo dos alimentos prestados. [...] (STJ – AREsp 1276116 SP 2018/0082828-1, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, p. 05/09/2018).

188. JCJF – Enunciado 572: Mediante ordem judicial, é admissível, para a satisfação do crédito alimentar atual, o levantamento do saldo de conta vinculada ao FGTS.

189. Maria Terezinha Nunes, A integral proteção à criança e ao adolescente..., 38.

integram o conceito de **rendimento bruto** (Lei 7.713/1988 3.º § 1.º), sobre o qual incide o imposto sem qualquer dedução. Mensalmente o beneficiário deve recolher o chamado **carnê-leão** que, a depender do valor, pode atingir o percentual de 27,5%, o que causa sensível fissura no apertado orçamento doméstico do credor de alimentos.[190] E tem mais. Aquele que detém a guarda, para usufruir da dedução do imposto por dependente, tem de somar o valor dos alimentos percebido pelos filhos aos seus rendimentos.[191]

Qualquer das formas de declarar a pensão recebida: em separado ou em conjunto com o responsável legal são prejudiciais tanto à criança quanto seu guardião, o que viola o princípio da proteção integral e a própria Convenção sobre os Direitos da Criança.[192]

Ou seja, crianças e adolescentes são contribuintes do imposto de renda, ainda que recebam alimentos e não renda! Em razão desta anomalia o IBDFAM propôs ação direta de inconstitucionalidade,[193] buscando suspender a incidência do Imposto de Renda das obrigações alimentares, sob o argumento de que alimentos não são renda; não são proventos de qualquer natureza; não são rendimentos; e não caracterizam acréscimos patrimoniais. Logo, é **inconstitucional** a incidência do imposto de renda em pensões alimentícias. Como o fato gerador do imposto de renda é o aumento no patrimônio do contribuinte, nada justifica a tributação da pensão alimentícia, cuja renda já foi devidamente tributada quando ingressou no acervo do devedor dos alimentos. Estes recursos estão sendo duplamente tributados em face da separação oficial dos cônjuges ou conviventes, e tudo porque a mulher e os filhos foram residir em espaço físico diverso do alimentante, não obstante todos serem financeiramente dependentes do varão provedor e sempre dependiam da única renda percebida pelo provedor.

Como afirma Rolf Madaleno, equivocada a política fiscal, com consequências nefastas e indesejáveis, que tributa o mínimo familiar e atenta contra o princípio da proteção constitucional da família.[194] O imposto não é pago por quem percebe **renda**, mas por quem recebe **alimentos**. Isto é, quem teve o aumento de patrimônio está isento de tributação sobre o valor pago. Quem recebe os alimentos, *quantum* que se destina a garantir sua subsistência, precisa pagar imposto de renda.

190. Rolf Madaleno, A intributabilidade da pensão alimentícia, 26.

191. Regulamento do Imposto de Renda – D 3.000/99, 4º, 5º e 78.

192. Maria Terezinha Nunes, A integral proteção à criança e ao adolescente..., 48.

193. STF – ADI 5.422/DF, Rel. Min. Dias Toffoli.

194. Rolf Madaleno, A intributabilidade da pensão alimentícia, 30.

A única forma de corrigir essa distorção é acrescentar ao valor dos alimentos o percentual correspondente à tributação.

Há outra anomalia que, mais uma vez, vem em prejuízo do credor de alimentos. O imposto de renda tem natureza tributária, mas a sua **restituição** tem natureza salarial. Como o encargo alimentar é calculado após a dedução do imposto de renda, quando ocorre **restituição**, sobre o valor restituído devem incidir os alimentos. Houve apenas retenção antecipada de um tributo em montante ainda indefinido. Sobre o valor descontado a título de imposto de renda não ocorreu o desconto dos alimentos. Assim, havendo devolução, o que retorna é **salário**, sobre o qual deve incidir a verba alimentar.[195]

Somente quando os alimentos são calculados sobre a **remuneração bruta** não há falar em incidência dos alimentos sobre valores eventualmente restituídos.

31.24. AÇÃO DE ALIMENTOS

Deixando o obrigado de alcançar espontaneamente os alimentos, é necessário que o credor busque a Justiça, merecendo um acesso imediato e resposta rápida. Afinal, é crédito destinado a garantir sua subsistência, sendo indispensável que a ação tenha rito diferenciado e célere.

O Código de Processo Civil determina o uso da legislação específica (CPC 693 parágrafo único). Ou seja, a **Lei de Alimentos** (Lei 5.478/1968), uma lei de mais de 50 anos e que não guarda qualquer consonância com a realidade dos dias de hoje. Às claras perdeu o legislador uma bela oportunidade para contornar as inúmeras dificuldades decorrentes de sua aplicação. Basta um exemplo para evidenciar sua defasagem. O credor, pessoalmente, pode dirigir-se ao juiz competente (LA 2.º).

Mais uma incongruência: a ação obedece ao rito da lei especial, mas a **execução dos alimentos** é levada a efeito segundo o procedimento da lei processual (CPC 528 a 533 e 911 a 913).

195. Alimentos. Cumprimento de sentença. Decisão que determinou a expedição de ofício para bloqueio de eventual restituição de imposto de renda a que faça jus o executado. A despeito da natureza salarial da verba, o artigo 833, § 2º, do CPC afasta a impenhorabilidade quando a execução visa o pagamento de prestação alimentícia. Não demonstrado pelo executado que o bloqueio de eventual restituição coloca em risco a sua subsistência. Decisão mantida. Agravo desprovido. (TJSP – AC 13301637, 3ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 11/02/2020).

Apesar de delegado à Lei de Alimentos o rito da demanda, algumas disposições são previstas na lei processual. Tramita durante as **férias forenses** (CPC 215 II). O **valor da causa** deve corresponder à soma de 12 prestações mensais pedidas pelo autor (CPC 292 III).

Injustificadamente é assegurado **segredo de justiça** à ação de alimentos (CPC 189 II). Mas, este dispositivo há que ser interpretado somente se houver partes incapazes.

31.24.1. Legitimidade

Para o uso da ação de rito especial é indispensável a **prova do vínculo de parentesco** ou da **obrigação alimentar**.

Quem dispõe de legitimidade para propor ação de alimentos é o **credor** – titular do crédito alimentar.

Antes do **nascimento** a legitimidade para a ação é da gestante, que pode optar entre requerer **alimentos gravídicos** ou alimentos a favor do **nascituro**. Descabe é cumular ambos os pedidos, até porque os alimentos gravídicos se transformam em alimentos ao filho, a partir do seu nascimento.

Não é a **representação legal** que confere a legitimidade ao guardião para a ação, mas a **guarda de fato**. O **guardião** tem a obrigação de prestar assistência a quem está sob sua guarda, inclusive frente aos pais (ECA 33). A transferência da guarda não subtrai dos pais o dever de prestar alimentos aos filhos (ECA 33 § 4º). Cabe o credor vive na companhia de quem não tem vínculo de parentesco, ele pode representá-lo em juízo na ação de alimentos.

O credor **menor ou incapaz** deve ser representado ou assistido por quem detém a sua guarda. Atingida a **maioridade** no curso da ação, persiste a legitimidade do seu representante para a demanda, não havendo necessidade de outorga de nova procuração nem a substituição da parte credora.

Quando o credor dos alimentos é **relativamente incapaz**, há a necessidade de anuir ao processo, o que, conforme alerta Rolf Madaleno, tem dado margem a profundas injustiças. Ocorrendo a inadimplência, sob o influxo da autoridade parental, os filhos se negam a prosseguir com ação em que o guardião busca a cobrança dos alimentos. Também é comum serem os filhos compelidos a firmar falsas declarações ou recibos de quitação dos alimentos alegando havê-los recebido diretamente do pai, frustrando, assim, a cobrança judicial.[196]

196. Rolf Madaleno, A execução de alimentos do relativamente incapaz, 685.

O dever de prover o sustento da prole é de ambos os genitores. Quando tal ônus é desempenhado pelo genitor que detém a guarda, que acaba sozinho provendo ao sustento do filho, indispensável reconhecer a ocorrência de **sub-rogação**. Ou seja, tem direito de ser reembolsado. De todo descabido aceitar a **quitação** outorgada pelo filho ao devedor dos alimentos, quando completa a maioridade. É necessário reconhecer a **legitimidade** do guardião para prosseguir na execução.[197] Foge à lógica do razoável obrigar o titular da guarda a ajuizar demanda de cognição para obter o reconhecimento de um direito que lhe é patente.[198]

O mesmo ocorre quando o filho passa a conviver com o outro genitor. Se existe um crédito alimentar, quem arcou sozinho com o seu sustento pode pedir o reembolso do que despendeu. Dispõe de legitimidade para cobrar os alimentos. Age em nome próprio, como **credor sub-rogado**.

Quer no **divórcio**, quer na dissolução de **união estável**, consensual ou litigiosa, havendo filhos incapazes, as questões relativas ao regime de convivência e aos **alimentos** precisam integrar a ação (CPC 731 IV e 732). Tanto que nem cabe a via extrajudicial (CPC 733).

Impõe a lei uma **cumulação de ações**, pois diversos são os **pedidos**, ainda que a causa de pedir seja a mesma: o fim da conjugalidade (CPC 327).

Ainda assim, os filhos não integram o **polo ativo** da ação, apesar de direitos seus estarem em juízo. Ocorre que, em face da morosidade da Justiça, com frequência os filhos atingem a **maioridade** no curso da ação. E resta a pergunta que não quer calar: como fica a representação deles no processo? Há decisões para todos os gostos. No entanto, é de todo descabido excluir os alimentos a seu favor, ainda que não participe do processo. Até porque a maioridade não extingue a obrigação alimentar.

---

197. Ação de execução de alimentos. Maioridade civil durante o curso da ação. Quitação. Possibilidade. Débitos pretéritos. Legitimidade da genitora. Prisão civil. Não cabimento. 1. Não há óbice algum a que a filha, agora maior, não queira mais prosseguir com a execução de alimentos, dando quitação ao devedor. Entretanto, na linha da jurisprudência emanada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, se não satisfeita a obrigação pelo pai, a quitação dada pela filha ao atingir a maioridade não alcança os débitos pretéritos, sendo admitida o prosseguimento da execução pela mãe, quem efetivamente arcou com os ônus da inadimplência. 2. Em caso de cobrança de dívida alimentar pretérita, em que o débito perdeu claramente a sua atualidade, não se justifica o decreto da prisão civil exarado em desfavor do devedor, razão pela qual merece reforma a decisão agravada nesta parte. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido. (TJGO – AI 00711835620198090000, 5ª C. Cív., Rel Marcus da Costa Ferreira, j. 01/07/2019).

198. Leonardo de Faria Beraldo, Alimentos no Código Civil, 60.

Ela muda de fundamento. Deixa de decorrer do **poder familiar** e passa a ser devida pelo dever de **solidariedade.**[199] De todo descabido também é excluir os alimentos fixados a favor do filho, para que ele ingresse com a ação em nome próprio.

De outro lado, é um absurdo extinguir a **ação de alimentos** pelo fato de o filho ter atingido a maioridade no curso da ação, sob o fundamento da falta de prova de sua necessidade. Ora, se promoveu a ação enquanto menor de idade, suas necessidades eram presumidas. Com a maioridade cessa a presunção de necessidade, mas, ao menos, deve ser reaberta a fase instrutória pelo surgimento de fato novo (CPC 493): a maioridade e mudança da natureza do encargo alimentar.[200]

Nítido o caráter protetivo da lei quando o alimentando é criança, adolescente ou incapaz. Tanto que não só aos seus representantes cabe a iniciativa de pleitear pensionamento. O **Ministério Público** pode propor a ação (ECA 201 III) e tem legitimidade tanto para recorrer[201] como para propor a execução, ainda que o menor de idade esteja representado pelo

---

199. Ação de alimentos. Sentença que julga parcialmente procedente os pedidos iniciais. Insurgência da ré. Alimentado que atingiu a maioridade no curso do processo. Obrigação que, *in casu*, não decorre do poder familiar, mas somente do dever de assistência mútua entre familiares. Conjunto probatório que aponta que a apelante é pessoa humilde e não possui condições de pagar os alimentos fixados na sentença. Ausência de provas de que o autor possui despesas extraordinárias e que está impossibilitado de exercer atividade remunerada. Manutenção do pensionamento, no entanto, com redução do valor fixado na origem. Medida imperativa. Sentença reformada, apenas, para reduzir o quantum alimentar. Ônus sucumbenciais. Modificação da sentença que não altera a proporção de êxito entre os litigantes. Recurso conhecido e provido. (TJSC – AC 0305654-52.2016.8.24.0045, 2ª C. Cív., Rel. Des. Rosane Portella Wolff, 10/06/2020).

200. Ação de alimentos. Filha maior que atingiu a maioridade no curso da demanda. Suspensão dos alimentos. Não comprovação da necessidade de continuar a receber alimentos. Cabimento. Com a maioridade, os alimentos deixaram de encontrar seu fundamento no dever de sustento dos pais para com os filhos menores (art. 1.566, inc. IV, do CCB) e que faz presumida a necessidade e passaram a amparar-se na obrigação existente entre parentes (art. 1.694 e seguintes do CCB), desaparecendo, a partir daí, a presunção de necessidade, que deve ser provada por quem alega, ou seja, pelo beneficiário maior. No caso, a apelante maior não se desincumbiu do ônus da prova das suas necessidades, o que enseja a exoneração dos alimentos. [...] Recurso desprovido. (TJRS – AC 70080212723 RS, 7 C. Cív., Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 27/02/2019).

201. STJ – Súmula 99: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.

genitor e não se encontre em situação de risco (ECA 98). O tema foi sumulado pelo STJ[202] e depois alvo de tese.[203]

31.24.2. Procedimento

Para o uso do procedimento da Lei de Alimentos, deve ser trazida com a inicial a **prova do parentesco** ou da **obrigação** alimentar constante em (LA 2.º) **documento público** (certidão de nascimento ou casamento). Tais documentos, entretanto, podem ser dispensados (LA 2.º § 1.º).

Diz a Lei que a ação não precisaria ser previamente **distribuída** nem as **custas** necessitam ser pagas: bastaria o autor afirmar que não tem condições para arcar com os encargos processuais (LA 1.º). Caso o autor comparecesse pessoalmente, sem a indicação de profissional para defender seus interesses, incumbiria ao magistrado nomear-lhe **advogado** (LA 2.º § 3.º). Estas possibilidades que estão na lei, não dispõem mais de nenhum sentido. A distribuição é indispensável e cabe à **Defensoria Pública** a representação de quem não tem condições de contratar advogado. Onde não existe defensor público, o juiz designa um advogado para a representação.

Ao despachar a inicial, o juiz estipula, desde logo, **alimentos provisórios** (LA 4.º). Mesmo se não requeridos, os alimentos devem ser fixados, a não ser que o credor **expressamente declare** que deles não necessita. Na mesma oportunidade o juiz designa **audiência de conciliação e julgamento**, fixando prazo razoável para a **contestação** (LA 5.º § 1.º). Como a lei não diz qual o prazo nem a partir de quando flui – se da citação ou da audiência –, é necessário que tais detalhes sejam explicitados no despacho, sob pena de gerar insegurança ao réu, impor um trabalho desnecessário ao advogado de elaborar a contestação quando há a possibilidade da conciliação.

Receber o réu a cópia da inicial quando da citação, fomenta o estado de beligerância das partes, pois o demandado toma ciência da linha de

---

202. STJ – Súmula 594: O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou do fato de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca.

203. STJ – Tema 717: O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente. A legitimidade do Ministério Público independe do exercício do poder familiar dos pais, ou de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca.

argumentação sustentada pelo autor. Deste modo, providencial a dispensa de a contrafé acompanhar o mandado de citação (CPC 695 § 1.º). Com isso, o prazo de contestação tem início na **audiência**, caso reste infrutífera a conciliação. Descabido impor ao procurador do réu que apresente a contestação na audiência, pois alcançada a conciliação, inútil o trabalho levado a efeito. Mas se nada for esclarecido pelo juiz, e o prazo da contestação se esgotar antes da audiência, deve o réu protocolar a defesa para não correr o risco da intempestividade.

Determina a Lei que a ação se inicie com a designação da **audiência de conciliação e julgamento** (LA 6º). O CPC fala em audiência de **mediação e conciliação** (CPC 695).

Nada justifica a prática adotada por alguns juízes de ordinarizar o rito, determinando a citação do réu para contestar e, só depois da réplica, designar audiência. Do mesmo modo é desnecessário que seja determinado às partes que compareçam acompanhadas das testemunhas (LA 8.º). A obtenção da tão almejada conciliação levaria à dispensa das testemunhas, além de impedir que o juiz designe um número muito maior de audiências.

De um modo geral o magistrado: arbitra alimentos provisórios, designa audiência de conciliação e fixam o prazo da contestação, esclarecendo que o mesmo terá início no dia da audiência, se não for obtida a conciliação (CPC 335 e 697).

A ausência do **autor** implica o **arquivamento** da ação (LA 7.º). Oportunamente, ele poderá pedir o seu prosseguimento. A solução é salutar, em face da natureza do direito tutelado, apesar de afastar-se do procedimento do estatuto processual (CPC 354 e 485 III). Exigência que seria descabida ao credor de alimentos.

O não comparecimento do **réu** leva à aplicação da pena de **revelia** (CPC 344): presumem-se verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor. Porém, os efeitos confessionais são **relativos**, quando as assertivas do autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com as provas dos autos (CPC 345 IV). No entanto, citado o réu, deixando ele de comparecer à audiência e de contestar a ação, impositivo que os alimentos sejam fixados **no montante solicitado pelo credor**, já que o alimentante sabe a pretensão do autor, pois tem acesso à petição inicial (CPC 695 § 1.º). Manter-se silencioso significa que concorda com o valor pleiteado.

A **revelia** enseja os efeitos de confissão quanto à **matéria de fato** somente na ação de alimentos proposta pelo **credor**. Nas demandas revisionais, em que o devedor busca a redução ou a exoneração do encargo alimentar, o silêncio do réu não supre a necessidade de o alimentante

provar a redução de suas possibilidades ou a diminuição das necessidades do credor. Tais assertivas dependem de prova, sob pena de a pretensão esbarrar na **coisa julgada**.

Superada sem sucesso a fase de mediação (CPC 696), em nova audiência, presente o **Ministério Público**, o juiz tenta a **conciliação** (LA 9.º). Não havendo acordo, abre o prazo para **contestação**. Como a ação dispõe de rito especial, a tendência sempre foi não admitir o oferecimento de **reconvenção**, até porque a demanda tem **natureza dúplice**. Com base na efetividade do processo, economia, celeridade e instrumentalidade, tem-se priorizado a possibilidade de veiculação de pedidos na própria contestação.[204]

De qualquer modo, pretendendo o réu formular pedido contra o autor, cabe propor nova demanda, que, em face da **litispendência**, dá ensejo à instrução conjunta e julgamento único. Proposta ação de exoneração de alimentos, o credor pode intentar ação de majoração do encargo. O juiz deve reunir os processos e proceder à instrução conjunta, proferindo uma só sentença, até para evitar decisões conflitantes.

É indispensável que seja colhido o **depoimento pessoal** das partes. A tentativa de conciliação não supre tal necessidade, pois é preciso que fiquem consignadas suas manifestações, para haver subsídios no caso de o processo ser julgado por outro magistrado ou em face de eventual recurso.

As **testemunhas** não precisam ser pessoas estranhas, pois quem sabe dos fatos que acontecem em família são justamente os parentes e os amigos mais chegados. Parentes são ouvidos como informantes e não prestam compromisso (CPC 457 § 2.º).

Depois das alegações finais, o magistrado renova a tentativa de conciliação e prolata **sentença** (LA 11 parágrafo único) que, mesmo sujeita a recurso, tem efeito imediato, pois a **apelação** é recebida apenas no **efeito devolutivo** (LA 14 e CPC 1.012 § 1.º II).

Quando a sentença altera o valor dos **alimentos provisórios** – para mais ou para menos –, o novo valor passa a vigorar de imediato. Afinal, foram fixados depois da instrução do processo. A determinação de que os alimentos provisórios persistem até o julgamento do **recurso extraordinário** (LA 13 § 3.º) não mais vigora, pois os recursos aos tribunais superiores não dispõem de efeito suspensivo (CPC 1.029 § 5.º).

Por expressa determinação legal, o rito da Lei de Alimentos aplica-se às ações de anulação de casamento e de divórcio (LA 13). Ocorre uma

204. Fernanda Tartuce, Processo Civil aplicado ao Direito de Família, 79.

cumulação de ações, sendo cabível a fixação liminar dos alimentos. Também ações revisionais e exoneratórias seguem o mesmo procedimento.

A possibilidade de haver cumulação de ações não se limita exclusivamente ao elenco referido na lei. Basta lembrar as ações de **investigação de parentalidade** e de reconhecimento de **união estável**. Ainda que em nenhuma delas exista a prova pré-constituída da obrigação alimentar, há a possibilidade de serem fixados alimentos provisórios a título de **tutela antecipada**.

Nas demandas **investigatórias**, mesmo que não requerido pelo autor, o juiz deve fixar **de ofício** os alimentos (LA 4.º). Se tal é possível no procedimento oficioso de reconhecimento da paternidade promovido pelo Ministério Público (Lei 8.560/1992 7.º), imperioso invocar o mesmo preceito na ação intentada pelo investigante.

31.25. COMPETÊNCIA

A competência para a ação de alimentos é ditada pela lei processual (CPC 53 II): o foro do **domicílio ou residência** do alimentado. Sendo o alimentando menor ou incapaz, a competência é da residência de seus **representantes**.[205] Não importa se a demanda foi proposta pelo credor ou pelo devedor. Mesmo a ação de **oferta de alimentos** deve ser intentada onde o credor reside.

Como o privilégio de foro é assegurado em benefício do alimentando, não cabe ao juiz, de ofício, impor ao autor demandar no foro de seu domicílio.[206] Nem o réu pode opor **exceção de incompetência**, até porque foi obedecida a regra da **competência territorial** (CPC 46).

---

205. STJ – Súmula 383: A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.

206. Conflito negativo de competência. Alimentos. Competência relativa. Declinação de ofício. Impossibilidade. A competência do Juízo é fixada no momento da propositura da ação e poderá ser alterada antes da citação do réu, quando patente a abusividade da cláusula de eleição de foro ou se, após a citação do réu, este alegar preliminar de incompetência na contestação. A competência territorial, que possui natureza relativa, não pode ser declinada de ofício, pois pode ser prorrogada. Em se tratando de alimentando maior e capaz que opta por demandar em circunscrição judiciária diversa de seu domicílio, abdicando da prerrogativa conferida pelo artigo 53, inciso II, do Código de Processo Civil, indevida é a declinação de ofício. (TJDF – CC 07019601720198070000 – 0701960-17.2019.8.07.0000, 2ª C. Cív., Rel. Esdras Neves, j. 13/05/2019).

A ação **revisional** e a **exoneratória**, independentemente de onde tramitou a ação de alimentos, seguem o critério da competência do domicílio do alimentando. Não existe nem **conexão** nem **continência** a impor o deslocamento do juízo. Em sede de **cumprimento de sentença ou execução de alimentos**, o credor pode optar pelo juízo de seu domicílio (CPC 528 § 9.º), ou pelo do que decidiu a causa (CPC 516 II).

Ainda que haja cumulação de ações, prevalece o **foro privilegiado** do alimentando. Quando se trata de **ação de investigação de parentalidade** cumulada com alimentos, o tema encontra-se sumulado pelo STJ.[207] Assim, também nas demandas de divórcio, anulação de casamento e dissolução de união estável. Havendo pleito alimentar, fixa-se a competência da sede do juízo de quem pede alimentos.

Depois da propositura da ação, a **alteração do domicílio** do credor não desloca a competência. Trata-se do princípio da *perpetuatio jurisdicionis* (CPC 43). No entanto, quando o credor é menor de idade, cabe ser aplicado o **princípio do juiz imediato** (ECA 147 I e II). Os autos podem ser encaminhados ao juízo onde passou ele residir.[208] Como a competência é **relativa**, descabe a remessa *de ofício*.

Os Juizados da Infância e da Juventude detêm **competência absoluta** para processar e julgar ações que dizem com os interesses de **crianças e adolescentes** que se encontrem em situação de risco (ECA 98). Até ação de alimentos (ECA 148 parágrafo único *g*). A não ser nesta hipótese, a competência é das **Varas de Família**.

O **idoso** tem privilégio absoluto de foro (EI 80). Nas ações de alimentos contra o **Estado**, quer promovidas por idosos, quer por crianças ou adolescentes, não ocorre o deslocamento da competência para as Varas da Fazenda Pública.

No âmbito da **Lei Maria da Penha**, quando os alimentos são fixados a título de medida protetiva pelo juízo criminal, por ausência de juizado

207. STJ – Súmula 1: O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.

208. Ação de alimentos, divórcio e partilha de bens. Alteração de domicílio. Competência. Domicílio do alimentando. *Perpetuatio jurisdictionis*. Princípio. Mitigação. Possibilidade. Ausência de má-fé. Precedentes [...] 2. É possível a modificação da competência no caso de alteração de domicílio do alimentando no curso da ação de alimentos, mormente em se tratando de filho menor e não constatada má-fé da detentora da guarda. [...] (STJ – AgInt no AREsp 1551305 GO 2019/0214098-7, 4ª T, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 01/06/2020).

especializado, a execução deve ocorrer na **Vara de Família** (LMP 33). No entanto, estabelecidos os alimentos no **Juizado da Vara da Violência Doméstica ▪ Familiar contra a Mulher** a este cabe sua execução (LMP 14).[209] Apesar dos claros termos da lei, a tendência dos juízes especializados é nem sequer fixar os alimentos, limitando-se a apreciar medidas protetivas outras. E, quando estabelecidos alimentos, não se ocupam da sua execução.

Intentada demanda contra a **sucessão** do alimentante, prevalece a regra do domicílio do credor, que não se sujeita ao juízo universal do inventário (CPC 48).

31.26. ÔNUS DA PROVA

Nas demandas propostas pelo credor de alimentos, cabe a inversão dos **encargos probatórios**, atentando à **distribuição dinâmica dos ônus da prova** (CPC 373 § 1.º).[210]

O **autor** tem tão somente o dever de comprovar a **obrigação** do réu de lhe prestar alimentos. É o que diz a lei (LA 2º): *o credor exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor*. Não há como impor ao alimentando a **prova dos ganhos do réu** – pessoa com quem não vive, e muitas vezes, nem convive –, o que torna quase impossível o acesso às informações sobre seus rendimentos. Ou seja, é do **alimentante** o encargo de **provar seus rendimentos**, até porque o credor não tem acesso a tais dados, que gozam de sigilo, pois integram o direito constitucional à privacidade e à inviolabilidade da vida privada (CR 5.º X).[211]

---

209. Conflito negativo de competência. Direito processual civil. Execução. Alimentos provisionais. Medida protetiva de urgência. Título judicial. Juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher. Competência do juízo especializado. Conflito não provido para declarar competente o juízo suscitante. 1. Trata-se a hipótese dos autos da competência para julgar ▪ execução dos alimentos provisionais fixados em sede de medida protetiva de urgência processada perante a Vara Especializada. [...] 3. *In casu*, ante a natureza híbrida e especial da Lei Maria da Penha, ▪ competência para julgar a execução dos alimentos provisionais como medida protetiva é o Juízo Especializado. 4. Conflito conhecido e não provido para declarar competente o juízo suscitante. (TJDF – CC 07214352220208070000 – 0721435-22.2020.8.07.0000, 1ª C. Cív., Rel. Romulo de Araujo Mendes, j. 31/08/2020).

210. CNJ – Enunciado 53: Deverá constar da citação a advertência, em termos claros, da possibi-lidade de inversão do ônus da prova.

211. Ação de alimentos. Filha menor. Alimentos provisórios. Antecipação da tutela. Binômio necessidade/possibilidade. Pedido de redução. Ônus da prova. [...]. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do alimentando e dos recursos da

O autor, caso ainda não tenha atingido a maioridade civil, não necessita sequer provar suas **necessidades**, que são **presumidas**, ainda que seja recomendável decliná-las. Transfere-se ao **réu** o encargo de demonstrar os fatos modificativos ou impeditivos do direito do autor (CPC 373 II), ou seja, de que o filho não necessita do quanto alega. Omitindo-se de trazer tais informações, desatende o réu ao dever de colaborar com a justiça, sujeitando-se a uma eventual devassa em sua vida econômico-financeira.

Quando se trata de obrigação alimentar entre **cônjuges** ou **companheiros**, cabe ao credor o ônus de provar suas necessidades, ou seja, que não tem condições de prover a própria subsistência.

31.27. DEFINITIVOS E PROVISÓRIOS

A distinção entre alimentos definitivos e provisórios está ligada muito mais ao momento de sua fixação do que à origem da obrigação.

Os alimentos **provisórios** previstos no Código Civil e na Lei de Alimentos têm natureza material. Trata-se de **tutela antecipada** de **caráter satisfativo.**[212] Para sua concessão é exigida prova pré-constituída da obrigação (LA 4.º). São estabelecidos liminarmente na ação de alimentos e sequer precisam ser pedidos. Podem ser deferidos tanto na ação de alimentos quanto nas demandas revisionais ou exoneratória.

À ação de alimentos pode ser cumulada ações outras: nulidade e anulação de casamento, divórcio, separação de corpos, reconhecimento de união estável, investigação de parentalidade etc. Nestas ações, que seguem o rito do processo de conhecimento, cabe fixação liminar ou incidental de alimentos provisórios. Basta haver indícios de probabilidade do direito e o perigo de dano (CPC 300).[213]

---

pessoa obrigada. A mera alegação de desemprego não faz prova de incapacidade financeira, ônus que incumbe ao alimentante. Sopesado o binômio alimentar, deve ser mantida a decisão agravada, adequada à satisfação das presumidas necessidades da alimentanda, até que venham aos autos maiores esclarecimento no decorrer da instrução processual. Recurso desprovido. (TJRS – AI 70083115600, 7ª C. Cív., Rel. Afif Jorge Simões Neto, j. 28/04/2020).

212. Gelson Amaro de Souza, Alimentos provisionais,..., 18.

213. Investigação de paternidade. Fixação de alimentos provisórios. Cabimento. Cabe fixar alimentos provisórios, considerando os "*print screens*" de conversas entre a genitora do investigante e o investigado, contendo reconhecimento da relação afetiva e sexual, conhecimento e reconhecimento sobre a paternidade, inclusive com reconhecimento de que vinha havendo auxílio financeiro espontâneo. Deram provimento. (TJRS – AI 70081534695, 8ª C. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 22/08/2019).

Ainda que chamados de provisórios, a determinação liminar de entrega parte da **renda líquida** dos bens comuns, nem são alimentos, nem são provisórios. Consistem nada mais do que a imposição da **divisão dos frutos** do patrimônio comum que se encontra na posse de somente um dos titulares (LA 4.º parágrafo único).

Quando deferida **medida cautelar** de afastamento de um dos genitores ou responsáveis da morada comum, o juiz, de ofício, deve fixar **alimentos provisórios**, a favor dos filhos dependentes do agressor (ECA 130 parágrafo único).

A **Lei Maria da Penha** (Lei 11.340/2006) autoriza o deferimento de alimentos provisórios a título de **medida protetiva de urgência** (LMP 22 V). Diante de um episódio de violência doméstica e familiar contra a mulher, procedido ao registro da ocorrência perante a autoridade policial, havendo a solicitação de medida protetiva, o expediente é encaminhado ao juízo, no prazo de 48 horas (LMP 12 III). Em igual prazo o magistrado deve decidir (LMP 18).

Alimentos também podem ser requeridos como **medida preparatória** à propositura da ação de divórcio, anulação de casamento, reconhecimento de união estável e investigatória de paternidade. Como sempre houve dificuldade em diferenciar alimentos provisórios e **provisionais**, o Código de Processo Civil deixou de prevê-los. Afinal, quando se busca alimentos, por não estarem sendo atendidos espontaneamente, em face da natureza urgente do direito, não importa a que título são fixados.

Basta o pedido de alimentos provisórios, com a possibilidade de concessão em caráter temporário para garantir a subsistência do credor durante a tramitação do processo. São devidos desde logo e, imediatamente, devem ser pagos.

Quer tenham sido fixados liminarmente ou não, os alimentos tornam-se **definitivos** quando estabelecidos na sentença que os fixa. Ainda que tenham o nome de definitivos, definitivos não são, pois estão sujeitos a recurso. O valor encoberto pela **coisa julgada** dispõe de efeito retroativo à data da citação (LA 13 § 2.º).

31.28. TERMO INICIAL

Enquanto os pais mantêm vida em comum, os deveres decorrentes do poder familiar constituem **obrigação de fazer**. Cessado o vínculo de convívio dos genitores, não se modificam os direitos e deveres com relação à prole (CC 1.579 e 1.632). Restando a guarda com um dos genitores, a

obrigação do outro se resolve em **obrigação de dar**, mediante o pagamento de pensão alimentícia.

O genitor que deixa de conviver com o filho tem o dever alcançar-lhe alimentos de imediato: espontânea e antecipadamente, mediante pagamento, de forma documentada, ou por meio de **ação de oferta de alimentos**.

Como os valores se destinam a garantir subsistência, precisam ser pagos **antecipadamente**. Proposta a ação pelo filho, deve ele indicar as circunstâncias em que o pai deixou de cumprir o **dever de sustento** e não começou a pagar-lhe **alimentos**. A **mora** se constituiu quando deixa o genitor de prover à manutenção do filho. Esse é o **marco inicial** da obrigação alimentar. É do devedor o encargo de demonstrar que continuou exercendo os deveres inerentes ao poder familiar.

Descabido limitar o adimplemento da obrigação alimentar à data da propositura da ação, da fixação dos alimentos ou da citação do réu. Tratando-se de obrigação decorrente do poder familiar, é inequívoca a ciência do réu do direito reclamado pelo autor. Não há por que reconhecer que o devedor está em mora somente a partir do ato citatório (CPC 240). Assim, proposta a ação, além da prova do parentesco, necessário que o autor decline o momento em que o réu incorreu em mora, deixando de prover o seu sustento. Na sentença, o juiz deve fixar o termo inicial do encargo alimentar **aquém da data da citação** e antes mesmo da data da propositura da ação. O *dies a quo* será o momento em que houve a cessação do adimplemento do dever de sustento decorrente do poder familiar. No entanto, ainda não é admitida pela doutrina nem há antecedentes jurisprudenciais emprestando eficácia retroativa aos efeitos da sentença aquém da propositura da ação.

A lógica – sem lógica nenhuma – é que os alimentos são devidos somente quando são pleiteados em juízo. Parte-se da absurda presunção da ausência de necessidade, ainda que sejam alimentos devidos a crianças ou adolescentes.

O termo inicial da obrigação alimentar decorrente do **poder familiar** deveria ser a **concepção** do filho: *a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro* (CC 2.º). Principalmente quando o pai procede ao seu registro. Está mais do que consciente de todos os deveres parentais, entre os quais o de assegurar-lhe sustento e educação. Assim, nada justifica livrá-lo do encargo alimentar quando não cumpre com o encargo *in natura*, atendendo a todas as necessidades da mãe desde a gestação.

Com o advento da lei dos **alimentos gravídicos** (Lei 11.804/2008), melhor atende ao interesse da gestante que a obrigação alimentar seja estabelecida desde a **concepção**. Desse modo, os alimentos buscados a qualquer

tempo teriam **efeito retroativo**, para antes, inclusive, da propositura da ação. Essa tese, às claras, enfrenta toda sorte de resistência, pois a tendência é considerar a **irretroatividade** e a **futuridade** dos alimentos. Ou seja, não podem ser requeridos para o passado, sob o argumento de que o direito não foi exercido porque a pessoa deles não necessitava.[214]

A Lei de Alimentos não pode ser mais clara (4.º): ao **despachar a inicial**, o juiz fixa **desde logo** alimentos provisórios. Antiga súmula do STF[215] estabelece o termo inicial na data da decisão deferitória. Apesar de fazer referência ao desquite, nem por isso está revogada.

Ou seja, os **alimentos provisórios** devem ser pagos desde o momento em que o juiz os fixa.[216] Mas ainda há quem sustenta que, mesmo fixados liminarmente, só se tornam exigíveis a partir da citação do devedor. A confusão decorre do que diz o § 2.º do art. 13 da Lei de Alimentos: *Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação*. Este dispositivo claramente se destina aos **alimentos definitivos** estabelecido na sentença, a partir do seu trânsito em julgado. Este também é o marco da obrigação alimentar estabelecida na ação investigatória de paternidade.[217]

Não há como confundir estes preceitos e sujeitar o pagamento dos alimentos provisórios ao ato citatório. Descabido aceitar marcos temporais diversos. Mantendo o devedor vínculo empregatício, ao fixar os alimentos, o juiz oficia ao empregador para que dê início ao desconto da pensão na folha de pagamento do alimentante. Os descontos passam a acontecer mesmo antes da citação do réu. Ora, não dispondo o devedor de vínculo laboral, não é possível admitir que comece a pagar os alimentos somente após ser citado. Descabido tratamento discriminatório: além de deixar o credor desassistido, estar-se-ia incentivando o devedor a esquivar-se da citação e se esconder do oficial de justiça.

---

214. Leonardo de Faria Beraldo, Alimentos no Código Civil, 30.

215. STF – Súmula 226: Na ação de desquite, os alimentos são devidos desde a inicial e não da data da decisão que os concede.

216. Ação de execução de alimentos. Pleito de reconhecimento da exigibilidade dos alimentos provisórios a partir de sua fixação. Cabimento. Decisão reformada. Embora os alimentos definitivos sejam devidos desde a citação, nos termos do artigo 13, § 2º, da Lei nº 5.478/1968 e de precedente do STJ, o mesmo não ocorre com os provisórios, que são de pronto devidos, ou seja, desde a sua fixação, até mesmo para evitar qualquer estímulo de ocultação do devedor. Precedentes do STJ e desta Câmara Julgadora. Apelação provida. Sentença desconstituída. (TJRS – AC 70076392547, 8ª C. Cív., Rel, José Antônio Daltoe Cezar, j. 10/05/2018).

217. STJ – Súmula 277: Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação.

Os alimentos provisórios são devidos durante o curso da demanda. Alterado o valor na sentença ou no julgamento do recurso – para mais ou para menos –, o novo montante passa a vigorar para as prestações **futuras**. A modificação incidental do valor dos alimentos tem efeito *ex nunc*, ou seja, a partir da data da alteração.

A lei processual concede **efeito devolutivo** somente ao recurso da decisão que "**condena**" à prestação alimentícia (CPC 1.012 § 1.º II). Melhor tivesse copiado o art. 14 da Lei de Alimentos, que defere eficácia imediata a toda e qualquer decisão sobre alimentos – quer os majorando, quer os reduzindo. Também ocorrendo a exoneração do encargo, o recurso tem o só efeito devolutivo.

Transitada em julgado a sentença que estabelece os **alimentos**, sua **eficácia retroage** à data da citação (LA 13 § 2.º). No entanto, tendo ocorrido a redução ou exoneração – liminar ou incidentalmente – passa a vigorar de imediato o novo montante. A decisão produz efeito *ex nunc*, vale com relação às parcelas **futuras**. Se ocorreu a **redução** dos alimentos, em face do **princípio da irrepetibilidade**, indispensável que prestações vencidas sejam atendidas pelo valor provisório.

Mas esta não é a lógica do STJ.[218] Ao emprestar efeito retroativo à decisão que reduz ou dispensa os alimentos, incentiva o devedor a deixar de pagar os alimentos ao propor a ação revisional e pune quem pagou os alimentos que eram devidos até quando alterado o valor.

31.29. LITISCONSÓRCIO

Quando o parente em grau mais próximo não tem condições de atender integralmente ao encargo alimentar, recai a obrigação sobre os ascendentes de grau imediato (CC 1.696). Portanto, há um leque de obrigados que podem ser convocados. Como o credor tem a faculdade de acionar um ou mais de um obrigado, se está frente a um litisconsórcio **facultativo**. Mesmo na hipótese em que o litisconsórcio venha a se formar por iniciativa do réu, via chamamento a integrar a lide (CC 1.698), forma-se um **litisconsórcio facultativo ulterior simples**. Tanto é assim que a lei usa a locução "poderão ser chamadas", o que evidencia facultatividade.

218. STJ – Súmula 621: Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade.

Diante da regra da **solidariedade** instalada em sede de alimentos pelo **Estatuto do Idoso**, o credor pode acionar qualquer dos obrigados ou mais de um deles. Pode, por exemplo, dirigir a ação contra o cônjuge, o filho e até contra os irmãos. Como também há a obrigação estatal em favor de idosos, crianças e adolescentes, possível já figurar na ação o Estado, em caráter **subsidiário**. Assim, comprovado que nenhum parente tem condições de alcançar os alimentos, a Fazenda Pública será condenada a atender ao pagamento, no âmbito da assistência social.

Ao figurarem como réus mais de uma pessoa, forma-se um **litisconsórcio passivo**. Já que existe uma ordem de preferência entre os obrigados, o litisconsórcio que se instala é **sucessivo**, de caráter **alternativo eventual**. Acionados o pai e os avós, caso o genitor não tenha recursos suficientes para atender sozinho ao encargo, é reconhecida a **obrigação complementar** dos avós. Neste caso se está frente a um **litisconsórcio sucessivo**. Ambos os pedidos são acolhidos. O pai é condenado a pagar parte dos alimentos, e os avós, a completar o valor.

Em face da ordem de prioridades e do **princípio da proporcionalidade**, intentada a ação contra mais de um obrigado, podem ser fixados encargos em valores diferenciados, a depender dos recursos de cada um. Abrem-se várias possibilidades. Movida a ação contra o genitor e os avós, o litisconsórcio é **alternativo eventual**. Comprovada a impossibilidade absoluta ou a possibilidade limitada de o genitor alcançar alimentos ao filho, cabe ser reconhecida a **responsabilidade subsidiária** dos avós. Fixada a obrigação alimentar do pai, sendo o valor insuficiente para prover ao sustento do filho, a sentença pode condenar o avô a pagar alimentos complementares, definindo o valor do encargo de cada um dos obrigados. Tal procedimento atende ao princípio da economia processual e empresta a agilidade que o crédito alimentar exige.

Quando são fixados **alimentos *intuitu familiae***, o crédito alimentar é de todos. Assim, na ação de redução ou de exoneração do encargo, com relação a um dos credores, é necessária a citação de todos os beneficiados para a ação, formando-se um **litisconsórcio passivo necessário**.

Nas hipóteses de **adoção**, bem como no confronto entre filiação biológica e socioafetiva, desde que a **pluriparentalidade** passou a ser reconhecida, é possível o reconhecimento de **obrigação concorrente**. Se alguém tem mais de dois pais, todos são responsáveis pelo dever de sustento.

31.30. CHAMAMENTO A INTEGRAR A LIDE

Proposta a ação contra um obrigado, autoriza a lei que os demais coobrigados sejam chamados a integrar a lide (CC 1.698). Como diz

Francisco Cahali, não foi feliz o legislador. Aliás, desastrosa a inovação.[219] Trata-se de possibilidade de **intervenção de terceiro** que não corresponde a qualquer dos institutos consagrados no estatuto processual (CPC 125 a 132 e 682 a 686). Além de não identificada a modalidade intervencional, não são estabelecidos requisitos, forma e efeitos de dita convocação. Essas omissões têm levado a doutrina a questionar se foi estabelecida pela lei a **solidariedade** entre os obrigados a prestar alimentos. Se solidariedade há, a forma de intervenção seria o **chamamento ao processo** (CPC 130). No entanto, a jurisprudência nunca reconheceu o encargo de alimentos como solidário, mas como obrigação sucessiva e complementar, condicionada à capacidade de cada coobrigado. Com o advento do **Estatuto do Idoso** que, modo expresso, consagra a solidariedade da obrigação alimentar (EI 12), é chegada a hora de repensar tudo que vem sendo dito e escrito sobre o tema. Ainda que o idoso possa eleger qualquer obrigado, não cabe o chamamento dos demais obrigados.

Olvidou-se o legislador de que a ação de alimentos dispõe de procedimento especial, buscando emprestar maior celeridade à busca de meios de subsistência. A possibilidade de serem citados outros obrigados só vem a retardar o deslinde da ação, que dispõe de rito sumário. De qualquer forma, por expressa previsão legal, acionado somente um dos parentes, é possível o chamamento dos demais a integrar a lide. Quando legitimado para a ação, o **Ministério Público** pode proceder ao chamamento.[220] Contudo, quem pretende chamar outros ao processo precisa comprovar a **possibilidade** de eles atenderem ao encargo bem como a omissão dos mesmos em prestar qualquer auxílio ao alimentado.

O impasse jurisprudencial que existia foi solvido pelo STJ.[221]

---

219. Francisco José Cahali, Dos alimentos, 230.

220. JCJF – Enunciado 523: O chamamento dos codevedores para integrar a lide, na forma do art. 1.698 do Código Civil, pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público, quando legitimado.

221. Ação de alimentos. [...] Mecanismo de integração posterior do polo passivo pelos coobrigados a prestar alimentos previsto no art. 1.698 do Código Civil. Legitimados a provocar. Exclusividade do autor com plena capacidade processual. Concordância tácita com os alimentos a serem prestados pelo coobrigado réu. Possibilidade, todavia, de provocação do réu ou do Ministério Público quando se tratar de autor incapaz, sobretudo se processualmente representado por um dos coobrigados ou se existente risco aos interesses do incapaz. Natureza jurídica do mecanismo. Litisconsórcio facultativo ulterior simples, com a peculiaridade de ser formado não apenas pelo autor, mas também pelo réu ou pelo Ministério Público. Momento processual adequado. Fase postulatória, respeitado a estabilização objetiva e subjetiva

Promovida a ação de alimentos pelo filho contra o pai, este não pode chamar à lide a mãe do autor. Quem exerce a guarda paga alimentos *in natura*.[222]

Como é estabelecida **ordem de prioridade** entre os obrigados, a faculdade de um chamar outro para a demanda só existe entre os parentes de **mesmo grau**, descabendo a convocação dos devedores subsidiários em grau subsequente. No entanto, proposta a ação pelo filho contra o pai, este não pode convocar à ação o seu pai, ou seja, o avô do alimentado.[223] No entanto, acionado um dos avós, este pode requerer que venham integrar a ação os avós de outra linhagem.[224] Para ficar com o exemplo mais recorrente: proposta a ação pelo neto contra o avô paterno, este pode chamar à demanda os avós maternos. Mas é necessário que comprove que eles têm possibilidade de atender aos alimentos, que não estão a auxiliar o neto.

---

da lide após o saneamento e organização do processo. (STJ – REsp 1715438 RS 2017/0322098-7, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13/11/2018).

222. Ação de alimentos proposta por filho maior contra o pai. Chamamento ao processo do outro genitor. Impossibilidade. [...] 2. A obrigação de prestar alimentos não tem natureza solidária, uma vez que não obriga ambos os genitores à sua prestação. Cabendo ao alimentante a escolha de qual genitor poderá melhor prestar-lhe os alimentos do qual necessita. 3. No caso dos autos, a agravada reside atualmente com sua mãe, que lhe oferece moradia, vestuário, alimentação etc. Sendo facultado à ora agravada demandar contra qualquer um dos genitores, e esta acabou por escolher seu pai/agravante. [...] (TJDF 07169138320198070000 – 0716913-83.2019.8.07.0000, 5ª T. Cív., Rel. Robson Barbosa de Azevedo, j. 15/04/2020).

223. Ação de oferta de alimentos. Chamamento ao processo dos avós. Inadmissibilidade. Hipótese diversa da ação de alimentos em face de um dos genitores. 1. Embora encontre fundamento no princípio da solidariedade familiar, a obrigação dos avós de prestar alimentos é subsidiária em relação à obrigação dos pais, porquanto lhes compete o poder familiar, do qual decorrem os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos. 2. O ingresso dos avós no polo passivo é excepcional, e somente se justifica quando um dos genitores é demandado na ação de alimentos e não possui condições de custear o sustento dos filhos. 4. O chamamento ao processo é modalidade de intervenção de terceiro cujas hipóteses de cabimento estão elencadas no art. 130 do Código de Processo Civil. 3. Na ação de oferta de alimentos, não há que se falar em chamamento ao processo, pois não há solidariedade passiva entre o alimentando e seus avós. 4. Agravo conhecido e desprovido. (TJDF – AI 07136371520178070000 – 0713637-15.2017.8.07.0000, 5ª T. Cív., Rel. Sebastião Coelho, j. 21/03/2018).

224. Ação de alimentos. Obrigação avoenga. Chamamento ao processo dos demais avós. Possibilidade. Tratando-se de ação de alimentos contra avó, o chamamento dos demais progenitores é possível, ante a regra expressa do art. 1.698 do Código Civil. Decisão agravada mantida. Negaram provimento. Unânime. (TJRS – AI 70079416178, 8ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 28/02/2019).

Da mesma forma, intentada a ação contra um irmão, este pode pretender dividir o encargo com outros irmãos, parentes do mesmo grau, ou com os de grau mais próximo do credor. Contudo, o réu originário – que chamou outrem ao processo – continua sendo parte na ação, instalando-se um **litisconsórcio passivo sucessivo**.

31.31. OFERTA DE ALIMENTOS

Alimentos: se são direitos de uns, são obrigações de outros. Assim, não só o credor pode buscar o adimplemento. Também o alimentante pode – ou melhor, deve – antecipar-se e propor ação de oferta de alimentos (LA 24).

A iniciativa não é usual. No mais das vezes ocorre quando o devedor, ou por ter ganhos expressivos, ou por ostentar condição de vida privilegiada, teme que lhe seja imposto encargo excessivo na ação que o filho intentar.

Ainda que o alimentante indique o valor que se dispõe a pagar, é necessário que comprove seus ganhos. Isso porque a fixação é feita pelo juiz segundo o critério da proporcionalidade, não estando adstrito ao valor oferecido pelo autor. Sem transpor os limites da demanda, pode ser estabelecido valor acima do que foi oferecido.[225] Há a possibilidade de fixação do *quantum* em valor superior ao ofertado, sem tornar a decisão *extra* ou *ultra petita*.[226]

Na ação de oferta de alimentos, indispensável que o autor, quando do ingresso da ação, **deposite em juízo** o valor oferecido, pois se trata de obrigação já devida. Só estará liberado de tal depósito se comprovar que vem atendendo ao dever de sustento. Esta é a postura correta. No momento em que cessa a vida em comum dos pais, os alimentos deixam de ser prestados *in natura*, o que faz surgir a obrigação de proceder ao pagamento *in pecunia*, isto é, em dinheiro. Para continuar com o exemplo mais comum, quando o varão sai de casa, deve imediatamente depositar os alimentos a favor de quem ele tem o dever de prover à subsistência.

A ação deve ser proposta no domicílio do credor, que dispõe de **foro privilegiado** (CPC 53 II).

---

225. [...] Pensão alimentícia. Valor estipulado acima do pleiteado. Inexistência de julgamento extra petita. [...] 4. Como é sabido, nas ações que versam sobre alimentos, é permitido ao magistrado relativizar o princípio da adstrição, fixando alimentos em patamar diferente daquele pleiteado pela parte interessa, desde que atendido o binômio possibilidade x necessidade, não se configurando julgamento *extra petita*. 5. Impõe-se a redução da verba alimentar para atender ao critério do binômio possibilidade x necessidade. 6. Recurso parcialmente provido. (TJDF – AC 20170610035627 – 0003478-36.2017.8.07.0006, Rel. Josapha Francisco dos Santos, j. 13/03/2019).

226. Francisco José Cahali, Dos alimentos, 263.

Como o exercício da demanda não é uma prerrogativa exclusiva da gestante, pode o genitor propor ação de **oferta de alimentos gravídicos.**

31.32. EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Sérgio Porto faz distinção – em regra não feita pela doutrina – entre **cessação** e **extinção** da obrigação alimentar. Afirma que representam ideias diversas. Quando **cessa** o encargo, permanece o dever de prestar alimentos. É a hipótese em que a alteração de riqueza do obrigado torna inexigíveis os alimentos enquanto perdurar a impossibilidade de pagar. Já a **extinção** atinge direta e fatalmente a relação jurídica de direito material. Tal ocorre, por exemplo, quando de novo casamento do credor ou no caso de sua morte.[227]

Seja caso de cessação ou de exoneração do encargo alimentício, é complicado suspender o pagamento em **sede liminar**, antes da citação do credor. Mesmo que ele não faça mais jus a alimentos, descabido surpreendê-lo, ao ver zerado o valor que recebia costumeiramente. Afinal, contava mensalmente com tal numerário.

De qualquer modo, a **maioridade** do filho não leva à extinção automática do encargo alimentar. É necessário que o alimentante requeira judicialmente a exoneração.[228] De todo precipitado deferir a cessação liminar do encargo, pois aos 18 anos, dificilmente o filho terá adquirido condições de prover a própria subsistência.[229]

Entre **cônjuges** ■ **companheiros** o encargo alimentar perdura até que ocorra a alteração de algum dos vértices do binômio obrigacional: ou a cessação da necessidade do credor ou a possibilidade do devedor. O casamento, a união estável ou o concubinato do credor de alimentos **extingue** o dever de prestar alimentos (CC 1.708). Como no casamento e na união

227. Sérgio Porto, Doutrina e prática dos alimentos, 135.

228. STJ – Súmula 358: O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.

229. Ação de exoneração de alimentos, maioridade. Extinção automática da verba alimentar. Impossibilidade. I – A maioridade civil não faz cessar, automaticamente, o dever de prestar alimentos, sendo imprescindível a análise de cada caso concreto, além da provocação jurisdicional pelo genitor, ■ fim de evidenciar a descontinuidade do encargo que lhe foi atribuído. Inteligência da Súmula 358 STJ. II – Restou comprovado nos autos que o alimentando cursa o ensino médio, não sendo o atraso escolar justificativa para exoneração do dever alimentar. III – Recurso conhecido e desprovido, à unanimidade. (TJSE – AC 00007762720178250068, 2ª C. Cív., Rel. Ricardo Múcio Santana de A. Lima, j. 29/01/2019).

estável estão presentes os deveres de mútua assistência, a constituição de **novo vínculo** afetivo desonera o devedor de alimentos, presumindo-se o fim da necessidade do credor.[230]

Difícil identificar a intenção do legislador ao prever que o **concubinato** do credor leva à desoneração dos alimentos. A própria lei veda efeitos ao concubinato (CC 1.727). A jurisprudência é consistente em negar o dever de mútua assistência entre os concubinos. Sendo uma relação que – segundo a jurisprudência dominante – não configura entidade familiar, não existe obrigação alimentar entre seus integrantes. Assim, fazer cessar os alimentos pelo fato de o credor manter relação concubinária pode originar situações de extrema injustiça.[231] No mínimo, há a necessidade de ser demonstrado que o concubino presta assistência material ao credor dos alimentos. Reconhecer a extinção do crédito alimentar tem nítido caráter punitivo e afronta a liberdade sexual do alimentando. O exercício da liberdade afetiva do credor não pode ser considerado postura indigna, a dar ensejo à exoneração da obrigação alimentar, mormente considerando que, com o término do casamento, não mais persiste o dever de fidelidade.

De qualquer modo, em nenhuma dessas hipóteses dispõe o devedor do direito de interromper o pagamento dos alimentos. Não pode simplesmente deixar de pagar. A concessão de **tutela antecipada** depende da prova não só do casamento ou da constituição da união estável, mas da inexistência da necessidade do credor dos alimentos que casou, constituiu união estável ou arranjou um amante.

Quando se tratam de alimentos alcançados pelos **pais em favor de filhos**, o art. 1.727 não pode ser aplicado com muito rigor. Muitas vezes os filhos casam exatamente por contarem com o auxílio da família. Isso é muito comum no caso de gravidez inesperada. Os jovens ficam residindo na casa de um dos genitores, sem terem as mínimas condições de prover à própria subsistência, que dirá meios de sustentar o filho que vai nas-

230. Exoneração de alimentos. ex-Esposa. União estável da credora com outro homem. Prova. 1. A obrigação alimentar vincula-se à clausula *rebus sic stantibus*, podendo ser revisada sempre que ocorrer substancial alteração no binômio possibilidade e necessidade, sendo possíveis os pleitos de redução, majoração ou exoneração de alimentos. 2. Havendo elementos de convicção sólidos de que a credora de alimentos mantém união estável ou concubinária com outro homem, tal fato faz cessar o dever de prestar a pensão alimentícia de parte do ex-marido *ex vi* do art. 1.708 do CCB. Recurso desprovido. (TJRS – AC 70078676814 RS, 7ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 31/10/2018).

231. Luiz Felipe Brasil Santos, A obrigação alimentar na perspectiva da ética, 24.

cer. Nessa hipótese não cabe extinguir a pensão alimentícia em razão do casamento. Comprovado que cônjuge do filho não tem como atender ao dever de assistência descabido livrar o genitor de continuar arcando com a obrigação alimentar. Não por dever decorrente do **poder familiar**, mas em face do **princípio da solidariedade** que rege as relações familiares.[232]

31.32.1. Indignidade

A lei pune o credor dos alimentos que praticar atos indignos. Subtrai-lhe o direito de percebê-los (CC 1.708 parágrafo único).Ou seja, é imposta uma norma de comportamento a quem precisa de alimentos. Trata-se de uma punição exemplar, partindo da premissa de que o crédito alimentar se destina a prover a subsistência do credor. Talvez se possa questionar: trata-se de uma pena de morte? Quando o alimentando, mesmo indigno, dependa exclusivamente dos alimentos para se manter, a exoneração será medida extremamente drástica, a ferir princípios e garantias constitucionais, o que se deve evitar.[233]

A atitude indigna tanto impede a **concessão** dos alimentos como serve de justificativa para a **exoneração**. Ou, ao menos, à **redução** para quantia

---

232. Ação de exoneração de alimentos. Filha maior, estudante e que recentemente tornou-se mãe. Decisão que acolheu o pedido liminar de supressão do encargo alimentar. Pedido de manutenção da verba alimentar. Possibilidade. Princípio da solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana. Comprovação da necessidade de preservação do subsídio. O presente agravo de instrumento tem por objetivo a reforma da decisão exarada nos autos da ação de exoneração de alimentos, que deferiu o pedido liminar e exonerou o agravado de prestar alimentos à filha, ora agravante. Para tanto, a alimentada sustentou a necessidade de manutenção da verba alimentar. No caso, a prestação alimentar não pode mais ser apreciada sob a premissa do poder familiar, posto que este liame extingue-se com o surgimento da maioridade do descendente, que, por sua vez, não mais possui suas necessidades presumidas. Destarte, deve-se analisar o cabimento de tal encargo, hodiernamente, sob o enfoque constitucional, de reciprocidade familiar e de preservação da dignidade do alimentado, incumbindo ao credor comprovar a indispensabilidade dos alimentos. Em que pese a alimentada tenha atingido a maioridade civil, estando atualmente com 25 anos, prevalece o dever de prestação alimentar, agora fundado na solidariedade familiar, pois ela demonstrou que carece deste aporte para manter-se minimamente. Credora que estuda e recentemente tornou-se mãe. Torna-se impreterível o acolhimento do pleito recursal, porquanto a decisão hostilizada recepcionou tão somente as informações prestadas pelo ora agravado, deixando de ponderar se a alimentada efetivamente necessitava ou não do auxílio material, nos termos da orientação contida na Súmula nº 358 do Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido. (TJRS – AI 70077632115 RS, 8ª C. Cív., Rel. José Antônio Daltoe Cezar, j. 02/08/2018).

233. Fabiana Domingues Cardoso. A indignidade no direito aos alimentos, 427.

indispensável à sua sobrevivência.[234] Mas somente os atos indignos praticados após o estabelecimento da obrigação alimentar, ou seja, quando já em curso o pensionamento, é que têm o condão de exonerar o alimentante.[235] No dizer de Flávio Tartuce, uma espécie de responsabilidade pós-negocial casamentária ou convencional.[236]

Apesar de a disposição ser um parágrafo do artigo que diz com os alimentos que decorrem das relações de **conjugalidade** – casamento ou união estável – não há como excluir seu âmbito de incidência de relações outras que geram obrigação alimentar. Certamente o preceito mereceria um artigo autônomo, para abranger toda e qualquer obrigação alimentar albergando também os alimentos decorrentes do poder familiar e dos vínculos de solidariedade entre parentes. Ainda que investigar a postura do credor frente ao devedor desenterre a já sepultada questão da **culpa** nas relações familiares, a regra tem estrita relação com o princípio da **boa-fé objetiva**.

Imposta uma conduta digna ao credor frente a quem lhe deve alimentos, não diz a lei quais posturas levam à cessação do direito de continuar percebendo o crédito alimentar. Trata-se de **conceito aberto**, que concede ampla margem ao poder discricionário do juiz. Daí a tendência de invocar as causas que dão ensejo à **revogação da doação por ingratidão** (CC 557), bem como à declaração de **indignidade** do herdeiro para afastar o seu direito à herança (CC 1.814).[237]

Apesar da resistência da doutrina, que insiste que estas hipóteses são *numerus clausus*, não há como restringir ao rol legal as posturas que merecem reprimenda, a ponto de fazer alguém perder o direito a alimentos. Até porque a maldade humana não tem limites. Como diz Fabiana Domingues Cardoso, não se deve ficar submetido apenas às hipóteses desses dispositivos legais. O reconhecimento do princípio constitucional da **dignidade da pessoa humana** impõe um novo olhar sobre os atos que ferem a dignidade, ou são traduzidos como comportamentos indignos.[238]

---

234. JCJF – Enunciado 345: O "procedimento indigno" do credor em relação ao devedor, previsto no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, pode ensejar a exoneração ou apenas a redução do valor da pensão alimentícia para quantia indispensável à sobrevivência do credor.
235. Fabiana Domingues Cardoso. A indignidade no direito aos alimentos, 414.
236. Flávio Tartuce, Manual de Direito Civil, 518.
237. JCJF – Enunciado 264: Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incs. I e II do art. 1.814 do Código Civil.
238. Fabiana Domingues Cardoso. A indignidade no direito aos alimentos, 362.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, a traição não é mera relação extraconjugal. Não é determinante da indignidade. Traição é o que denota engodo, enganação, desrespeito e fere a honra e a imagem do "traído" perante terceiros, deixando-o em situação vexatória. Traição e infidelidade podem se caracterizar, também, pelos maus-tratos, pela não assistência moral e à saúde do cônjuge.[239]

Há situações outras que merecem a mesma punição. Por exemplo, o agressor doméstico não pode reclamar alimentos da vítima. O credor de alimentos que recebe alimentos e pratica atos de alienação parental. A violação da intimidade nas redes sociais e acontecimentos virtuais que atingem diretamente as pessoas e as suas vidas, emoções, sentimentos, mas, sobretudo os direitos à privacidade, ao sigilo e dão azo à difamação, calúnia, injúria, dentre outros, reforçam e ampliam o rol de situações que ferem a dignidade daquele ser humano envolvido no acontecimento.[240] O **adultério virtual** é reconhecido como postura indigna, a servir de motivo para excluir os alimentos.[241]

A alegação de indignidade não pode ser feita em sede de cumprimento da sentença ou no processo de execução dos alimentos.

O alimentante precisa propor **ação exoneratória** ou requerer o reconhecimento da indignidade na **contestação** da ação de alimentos. Trata-se de fato extintivo do direito do autor. Não cabe o uso da via reconvencional.

---

239. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito das Famílias, 86.

240. Idem, 366.

241. Agravo em recurso especial. Indignidade. Cônjuge. Infidelidade virtual. Comprovação. Cessação da obrigação alimentar. Procedência do pedido. Troca de mensagens eletrônicas de cunho amoroso e sentimental. Caracterização de infidelidade, ainda que virtual. Ofensa à dignidade do autor. A infidelidade ofende a dignidade do outro cônjuge porquanto o comportamento do infiel provoca ■ ruptura do elo firmado entre o casal ao tempo do início do compromisso, rompendo o vínculo de confiança ■ de segurança estabelecido pela relação afetiva. A infidelidade ofende diretamente ■ honra subjetiva do cônjuge e as consequências se perpetuam no tempo, porquanto os sentimentos negativos que povoam a mente do inocente não desaparecem com o término da relação conjugal. Tampouco se pode olvidar que a infidelidade conjugal causa ofensa à honra objetiva do inocente, que passa a ter sua vida social marcada pela mácula que lhe foi imposta pelo outro consorte. Mesmo que não se entenda que houve infidelidade, ■ grave conduta indevida da ré em relação ao seu cônjuge demonstrou inequívoca ofensa aos deveres do casamento e à indignidade marital do autor. Indignidade reconhecida. Cessação da obrigação alimentar declarada. (STJ – AREsp 1269166 SP 2018/0064652-9 (Dec. monocrática), Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, *DJ* 18/12/2018).

31.33. TÍTULO EXECUTIVO

A obrigação alimentar pode se constituir **judicialmente**: por decisão interlocutória ou sentença (CPC 528). **Extrajudicialmente** não dependendo de homologação judicial; pode ser levada a efeito por escritura pública; por outro documento público assinado pelo devedor; por documento particular firmado pelo devedor e duas testemunhas; ou ainda por instrumento de transação referendado pelo **Ministério Público**, pela **Defensoria Pública**, pela **Advocacia Pública**, pelos **advogados** dos transatores ou por **conciliador** ou **mediador** credenciado pelo tribunal (CPC 784 II a IV). Em quaisquer dessas hipóteses é cabível o uso da via executória pelo rito da expropriação ou pelo da prisão (CPC 528 e 911).

As **sentenças** e as **decisões interlocutórias** – definitivas ou não – ensejam a fase de **cumprimento**, que dispensa nova ação, nova citação. Os alimentos provisórios e os fixados em sentença não transitada em julgado, somente podem ser cobrados pela via expropriatória (CPC 528 § 8º) e em autos apartados (CPC 531 § 1.º).

Os alimentos **definitivos** podem ser cobrados sob a ameaça de prisão (CPC 528 § 3º), e nos mesmos autos (CPC 531 § 2.º).

No **divórcio** levado a efeito extrajudicialmente por **pública escritura** (CPC 733), existe a possibilidade de serem fixados alimentos em favor de um dos cônjuges ou filhos maiores. A escritura constitui **título executivo extrajudicial** (CPC 784 II), ensejando a propositura da execução pelo rito da expropriação ou coação pessoal (CPC 911).

Igualmente a dissolução da **união estável** com atribuição de encargo alimentar, formalizado via título **executivo extrajudicial**.

31.34. LIQUIDEZ E CERTEZA

O adimplemento da obrigação alimentar se dá mediante o pagamento de parcelas que se estendem no tempo. São prestações necessariamente sujeitas a atualizações (CC 1.710). Apesar da vedação constitucional do uso do **salário mínimo** para qualquer fim (CR 7.º IV), em se tratando de alimentos, cabível utilização deste indexador (CPC 533 § 4.º). Ocorrendo mora, o devedor deve pagar o valor do salário que vigorava na data do **vencimento** da obrigação acrescido de **juros e correção monetária**, e não o valor do salário mínimo na data do pagamento.

Percebendo o devedor **salário ou remuneração** decorrente de vínculo laboral ou exercício de função pública, para melhor atender ao critério

da proporcionalidade, os alimentos devem ser fixados em **percentagem** de seus ganhos. A quantificação do valor dos alimentos é feita pela comprovação do último **pagamento**. Diante de uma situação de **desemprego**, a tendência do devedor é parar de pagar os alimentos, ou fazer incidir a mesma percentagem sobre o valor de um salário mínimo. A alegação é de **ausência de liquidez e certeza** da dívida por não estar consubstanciada em título executivo. Essa linha de defesa, utilizada muitas vezes por meio de exceção de pré-executividade, não vinga.

A **cessação do vínculo empregatício** não libera o devedor do dever de pagar nem torna ilíquida a obrigação. Cristaliza-se o *quantum* alimentar no montante do último pagamento feito. Não cabe sustentar que restou o valor dos alimentos sem referencial para ser calculado. Os alimentos são fixados em valor monetário e atualização é feita pelos índices de reajuste dos rendimentos do devedor. O só fato de desaparecer o **fator de correção** não subtrai a liquidez da obrigação alimentar, que se quantifica no valor em dinheiro que vinha sendo depositado.[242]

Quando da fixação dos alimentos em percentual dos ganhos decorrentes de vínculo empregatício, a tendência é estipular também o valor dos alimentos para o caso de eventual desemprego do alimentante.

A mudança na situação econômica do alimentante pode servir de motivo para ele buscar redução, mas nunca para exonerá-lo do encargo. A não ser quando a demissão for pedida pelo devedor.[243]

---

242. Execução de alimentos. Desemprego do alimentante. Liquidez, certeza e exigibilidade do título executivo judicial. [...] 1. A alegação de desemprego do devedor não constitui justificativa válida para o inadimplemento do encargo alimentar. 2. O desemprego do devedor não é causa extintiva da obrigação, nem afeta a higidez do título executivo, que permanece sendo líquido, certo e exigível, e corresponde ao último valor pago ou devido pelo alimentante quando estava empregado, pois os alimentos foram fixados em valor que correspondia ao percentual sobre os ganhos dele na ocasião. [...] (TJRS – AI 70081409013, 7ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 14/08/2019).

243. Ação revisional de alimentos. [...] Alegado decréscimo financeiro em razão da rescisão de seus contratos de trabalho no curso do feito. Irrelevância. Desemprego voluntário. [...] Se o desemprego é ato voluntário do alimentante, que pediu demissão sem justa causa, assim como a constituição de nova família é atitude espontânea, que não pode ser atribuída à responsabilidade de outrem ou imputada a circunstâncias alheias à vontade do alimentante, não pode lograr êxito o seu pedido de redução da verba alimentar devida ao filho menor de idade, principalmente quando a pensão já restou estabelecida em quantia módica. (TJSC – AC 03015814920178240062 – 0301581-49.2017.8.24.0062, 3ª C. Dir. Civ., Rel. Fernando Carioni, j. 14/05/2019).

31.35. COBRANÇA

A ação de alimentos deve seguir o rito da Lei de Alimentos (CPC 693 parágrafo único), mas sua cobrança está prevista na **lei processual**, que expressamente revogou os arts.16 a 18 que tratam da execução (CPC 1.072 V).

Fixados os alimentos em **sentença** ou em **decisão interlocutória**, podem ser cobradas via **cumprimento de sentença** (CPC 528 a 533). A obrigação estabelecida em **título executivo extrajudicial** (CPC 784 II a IV) dispõe de capítulo próprio para a cobrança (CPC 911 a 913).

Estabelecido o pensionamento, omitindo-se o devedor em proceder espontaneamente o pagamento, cabe ao credor acionar o Poder Judiciário. Não há como **executar** a dívida perante outro obrigado que não o devedor. Assim, deixando o pai de pagar os alimentos, não há como promover a cobrança contra o avô paterno. Fatalmente a execução será extinta por **ilegitimidade passiva** (CPC 485 VI).

Dispondo o credor de um título executivo – quer judicial, quer extrajudicial – pode buscar o pagamento mediante:

- desconto na folha de pagamento do devedor (CPC 529 e 912);
- via execução pelo rito da prisão (CPC 528 § 3.º, e 911); ou
- expropriação (CPC 528 § 8.º).

A eleição do meio executório é prerrogativa do **credor**, não podendo o devedor pretender a transformação de um procedimento em outro.

A execução de alimentos mediante **coação pessoal** (CPC 528 § 3.º e 911 parágrafo único) é a única hipótese em que é admitida **prisão por dívida** (CR 5.º LXVII). A ilicitude da prisão do depositário infiel está sumulada tanto pelo STJ,[244] como pelo STF,[245] que firmou tese neste sentido.[246]

É possível buscar a cobrança de alimentos por meio de quatro procedimentos:

- cumprimento de sentença ou decisão interlocutória pelo rito da prisão (CPC 528);

---

244. STJ – Súmula 419: Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.

245. STF – Súmula 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

246. STF – Tema 60: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

- cumprimento de sentença ou decisão interlocutória pelo rito da expropriação (CPC 530);
- execução de título executivo extrajudicial, pelo rito da prisão (CPC 911);
- execução de título executivo extrajudicial, pelo rito da expropriação (CPC 913).

A diferença quanto a origem da dívida – se judicial ou extrajudicial – diz com o **prazo** de pagamento e a imposição da **multa**, sem que se atine o porquê da distinção.

Tratando-se de **cumprimento de sentença**, o réu é intimado para pagar o débito e as custas, no prazo de **15 dias**. Não ocorrendo o pagamento, há o acréscimo de multa de 10% e mais honorários advocatícios de 10% (CPC 523 § 1.º).

Em sede de execução de **título extrajudicial**, os honorários advocatícios também são de 10%. Mas é determinada a citação do devedor para que em **três dias** a dívida e os honorários. Se houver o pagamento no prazo estipulado, os honorários ficam reduzidos em 50% (CPC 827 1.º). Rejeitados ou não opostos os embargos, os honorários poderão ser elevados até 20%. A eleição da modalidade de cobrança depende tanto da **sede** em que os alimentos estão estabelecidos (título judicial ou extrajudicial) como do **período** que está sendo cobrado (se superior ou inferior a três meses).

O cumprimento de **sentença definitiva** ou **acordo judicial** deve ser promovido nos **autos da ação** de alimentos (CPC 531 § 2.º). A execução dos alimentos provisórios e da sentença sujeita a recurso, se processa em **autos apartados** (CPC 531 § 1.º). Já para executar **acordo extrajudicial** é necessário o uso do **processo autônomo** (CPC 911).

A lei dá preferência ao **pagamento feito por terceiro**: retenção diretamente de rendimentos ou da remuneração do executado, mediante **desconto em folha**. Tal gera a obrigação do empregador ou do ente público, para quem o alimentante trabalha, de proceder ao desconto, a partir da primeira remuneração do executado, percebida depois de recebido o ofício do juiz, sob pena de responder por **crime de desobediência** (CPC 912 § 1.º), além de poder ser demandado por **perdas e danos**.

Ainda que tenha o demandado **bens** para garantir a execução, é possível o **desconto em folha** (CPC 529). Não se trata de modalidade mais gravosa ao devedor (CPC 805) e atende, com vantagem, à necessidade

do alimentado, não se justificando que, para receber o crédito, aguarde a alienação de bens em hasta pública.

Além das parcelas mensais, o **débito executado** pode ser abatido dos ganhos do alimentante, de forma parcelada, contanto que não ultrapasse 50% de seus ganhos líquidos (CPC 529 § 3.º). Apesar de o **salário** ser **impenhorável** (CPC 833 IV), a restrição não existe em se tratando de dívida alimentar (CPC 833 § 2.º).[247]

Não convencionado no acordo ou não determinada judicialmente, o pagamento mediante desconto dos ganhos do alimentante, a alegação de **impontualidade** autoriza o credor a solicitar ao juiz que oficie à fonte pagadora do devedor para que seja promovido o desconto. Para essa providência, não é necessária a propositura de ação para alterar a forma de pagamento. Não se trata de modificação, mas de simples busca de cumprimento da obrigação alimentar. O pedido pode ser feito na demanda em que foi estipulada a obrigação de alimentos, quer se trate de alimentos provisórios e a ação esteja em andamento, quer os alimentos sejam definitivos e a demanda já esteja ultimada. Caso os autos se encontrem arquivados, basta simples requerimento ao juízo.

É consabida a resistência do devedor em se deixar citar quando da cobrança da dívida alimentar. Assim, é de se admitir a possibilidade de se proceder à **interceptação telefônica** para conseguir localizá-lo. A medida é drástica, mas, além de cabível, é necessária. Principalmente diante da possibilidade assegurada ao juiz de adotar todas as medidas indutivas ou coercitivas para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive de prestações pecuniárias (CPC 139 IV).

Ainda que a Constituição da República consagre a inviolabilidade do **sigilo das comunicações** telefônicas, salvo, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CR 5.º XII e Lei 9.296/1996), esta é uma das hipóteses em que se justifica a medida. Possível dita providência extrema nos próprios autos da execução, como forma de garantir a subsistência do credor. Às claras que há choque de dois princípios constitucionais:

247. Execução de alimentos. Desconto em folha de pagamento. Alimentos vencidos e vincendos. Limite legal. Exorbitância não demonstrada. Decisão mantida. I. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos, o débito alimentício – vencido e vincendo – pode ser resgatado mediante desconto em folha de pagamento, observado o limite de 50% dos ganhos líquidos do executado, nos termos do artigo 529, § 3º, do Código de Processo Civil. [...] III. Recurso conhecido e desprovido. (TJDF – AI 07014200320188070000 – 0701420-03.2018.8.07.0000, 4ª T. Cív., Rel. James Eduardo Oliveira, j. 10/04/2019).

o direito à intimidade do devedor e o direito à vida do credor. Nem cabe maiores indagações para se identificar qual deve prevalecer.[248]

31.35.1. Protesto

Uma das formas para tentar coibir o inadimplemento de toda e qualquer obrigação ou dívida é por meio do protesto (Lei 9.492/1997 1.º): ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

É nada mais do que dar publicidade a quem não paga o que deve. Tanto que, por meio de uma central nacional de serviços eletrônicos compartilhados, são disponibilizados, de forma gratuita, a relação dos devedores inadimplentes e dos protestos realizados (Lei 9.492/1997 41-A).

O Código de Processo Civil autoriza que decisão judicial transitada em julgada seja levada a protesto (CPC 517), tão logo transcorra o prazo de 15 dias da intimação para o pagamento do débito (CPC 523). Ao usar a expressão "pode ser levada a protesto", significa mera possibilidade, que depende da iniciativa do credor. Cabe a ele requerer a expedição de certidão, para encaminhar a protesto.

Em sede de cumprimento de decisão ou sentença que impõe obrigação alimentar, ou seja, fixa alimentos provisórios ou condena ao pagamento de alimentos, pode o exequente buscar o adimplemento do encargo, mesmo antes de a decisão precluir ou a sentença transitar em julgado.

Para isso, basta o credor requerer ao juiz a intimação pessoal do devedor, para que, no prazo de três dias, pague, prove que já pagou ou justifique a impossibilidade de pagar (CPC 528).

Decorrido o prazo sem qualquer resposta, cabe ao juiz "mandar a protesto" o pronunciamento judicial (CPC 528 § 3.º).

---

248. Execução de alimentos. Interceptação telefônica do devedor de alimentos. Cabimento. Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos. Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva. Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação. Agravo provido. (TJRS – AI 70018683508, 7ª C. Cív., Rel. Maria Berenice Dias, j. 28/03/2007).

A expressão legal "mandará protestar" configura ordem clara ao magistrado no sentido de imprimir maior efetividade ao comando decisório.[249]

A falta de expressa remissão a essa providência, quando da execução de alimentos estabelecidos em título executivo extrajudicial (CPC 911 parágrafo único) não impede o protesto.

O procedimento do protesto é o previsto na Lei 9.492/1997. Comprovada a satisfação integral da obrigação, cabe ao **executado** requerer judicialmente o cancelamento do protesto (CPC 517 § 4.º).

A pedido do credor, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado no cadastro dos inadimplentes, como **SPC** e **SERASA** (CPC 782 § 3.º). A restrição a esta providência à execução definitiva de título judicial (CPC 782 § 5.º) é a regra geral, que não se aplica aos alimentos provisórios ou a sentenças não transitadas em julgado. A ideia do legislador foi tratá-los em pé de igualdade com a execução dos alimentos definitivos (CPC 531 § 1.º).[250]

Evidenciada postura procrastinatória do devedor, é possível requerer a apreensão carteira de habilitação (CNH)[251] ou do passaporte. Cabe ao juiz determinar todas as medidas indutivas e coercitivas para assegurar o cumprimento da ordem judicial (CPC 139 IV).

Ao depois, sequer o eventual recurso de apelação não dispõe de efeito suspensivo em se tratando de condenação ao pagamento de alimentos (LA 14 e CPC 1.012 § 1.º II).

Em qualquer hipótese o credor pode obter **certidão** comprobatória da dívida alimentar para **averbar** no **registro de imóveis**, no **registro de veículos** ou no registro de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade (CPC 828). Flagrada **conduta procrastinatória** do executado, havendo indícios da prática do crime de **abandono material** (CP 244), cabe ao juiz dar ciência ao Ministério Público (CPC 532).

31.36. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Os alimentos fixados judicialmente – quer por **sentença**, quer em **decisão interlocutória** estabelecendo alimentos provisórios – podem ser exigidos tanto pelo rito da prisão como da expropriação (CPC 528 a 533).

---

249. Fernanda Tartuce, Processo Civil no Direito de Família, 256.

250. Luiz Fernando Valladão Nogueira, A execução de alimentos..., 26.

251. Devedor Contumaz. Devedor de honorários sucumbenciais e créditos alimentares. Bloqueio da CNH. Possibilidade. (TJSP – AI 2230445-85.2020.8.26.0000, 7ª C. Dir. Priv., Rel. Rômolo Russo, j. 29/09/2020).

Da forma como está dito, a via executória sob a ameaça de prisão só seria possível no **cumprimento de sentença definitiva** ou de **decisão interlocutória irrecorrível**. Pelo jeito, não se pode dar outra interpretação à expressão **"desde logo"** constante no § 8.º do art. 528 do Código de Processo Civil. Ou seja, sentenças sujeitas a recurso, e decisões deferindo alimentos provisórios, não permitiriam a busca do adimplemento por esta via. No entanto, é de todo descabido e desarrazoado fazer esta leitura do indigitado dispositivo legal. Quer pela natureza da obrigação que diz com o direito à vida, quer porque a Constituição da República não faz esta distinção ao admitir o encarceramento do devedor de alimentos (CR 5.º LXVII).

Às claras que, **alimentos provisórios**, fixados **liminar ou incidentalmente**, em **decisão interlocutória** sujeita a **recurso**, podem ser cobrados por qualquer das modalidades executórias (CPC 531). Da mesma forma é cabível a **execução da sentença** recorrível (CPC 531 § 1.º). Como a **apelação** não dispõe de **efeito suspensivo** (CPC 1.012 § 1.º II e LA 14) pode haver a busca do pagamento antes de os alimentos se tornarem definitivos, quer pelo rito da prisão, quer pelo da expropriação.

A execução dos alimentos **provisórios** e dos estabelecidos em sentença sujeita a **recurso** se processam em autos apartados (CPC 531 § 1.º).

A cobrança dos alimentos fixados em **sentença definitiva** deve ser buscada nos **mesmos autos** (CPC 531 § 2.º).

A desastrosa posição do STJ de emprestar **efeito retroativo** à redução ou exoneração do encargo alimentar à data da citação,[252] não pode obstaculizar o uso da via executória dos alimentos vencidos e não pagos. Ao menos com relação às parcelas, que são alvo de cobrança, não é possível emprestar efeito *ex tunc* à eventual redução ou exclusão dos alimentos.[253]

31.36.1. Rito da prisão

O credor somente pode optar pela cobrança sob pena de **prisão** (CPC 528 § 3.º) quanto às prestações vencidas até **três meses** antes do ajuizamen-

252. STJ – Súmula 621: os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade.

253. Execução de alimentos. Rito da prisão civil. Alimentos provisórios. Alteração do valor da obrigação no curso da demanda. Irretroatividade da redução. Efeito ex nunc da decisão que redefine alimentos provisórios. Excesso de execução não configurado. Agravo de instrumento desprovido. (TJRS – AI 70080375934, 7ª C. Cív., Rel. Sandra Brisolara Medeiros, j. 24/04/2019).

to da execução (CPC 528 § 7.º). Mas basta o inadimplemento de **um mês** para o credor buscar a cobrança. Entendimento contrário seria oneroso ao credor que não precisa passar fome por três meses.[254]

Mesmo com relação às **prestações recentes**, independente do período do débito, o credor pode preferir o **rito expropriatório** (CPC 831 e ss.).

Em outras duas hipóteses a penhora de bens é o único jeito de buscar a cobrança:

- quando não foi aceita a justificativa apresentada pelo devedor (CPC 528 § 3.º); ou
- se o devedor cumpriu a pena de prisão e não pagou (CPC 530).

Para o cumprimento da sentença sob pena de **prisão**, o executado deve ser **intimado pessoalmente** para, no prazo de **três dias**: pagar, provar que já pagou ou justificar a impossibilidade absoluta de efetuar o pagamento (CPC 528).

É pessoal a intimação feita por oficial de justiça ou pelo correio, com aviso de recebimento.

É do devedor o encargo de provar que pagou, descabendo transferir para o credor o ônus de comprovar que recebeu tais valores.[255]

Mantendo-se omisso o devedor, o juiz determina, de ofício, o **protesto** do pronunciamento judicial (CPC 528 § 1º) e decreta a prisão do devedor pelo prazo de **um a três meses** (CPC 528 § 3.º).

A prisão civil só pode ser decretada diante do inadimplemento de crédito estritamente alimentar. Assim, se o devedor deposita a importância devida a este título, mas não paga, os honorários ou as despesas processuais, não é possível decretar ou manter a ordem de prisão.[256] Pago o **principal** e não feito o pagamento dos **encargos sucumbenciais**, prossegue a execução para a cobrança dos ônus moratórios pelo rito da expropriação.

---

254. Fernanda Tartuce, Processos judiciais..., 962.

255. Cumprimento de sentença. Agravante que alegou ter feito o pagamento de parte dos valores cobrados a título de alimentos, apresentando comprovantes de depósito. Comprovantes ilegíveis. Pretensão do executado a que o exequente seja intimado a apresentar seus extratos bancários no período. Descabimento. Ônus da prova de pagamento que é do executado, que pode obter comprovação com a instituição financeira onde mantém seus depósitos. Recurso desprovido. (TJSP – AC 13801799, 6ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Marcus Vinicius Rios Gonçalves, j. 29/07/2020).

256. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Curso de processo civil, 325.

Modo frequente o devedor paga o valor que consta do mandado de citação, deixando de pagar as parcelas que se venceram até a data do pagamento, o que, inexplicavelmente o livra da prisão.

31.36.2. Rito da expropriação

Ao requerer o cumprimento da sentença pelo rito da **expropriação,** o credor deve indicar bens do devedor sujeitos à penhora.

O executado é **intimado** para, em 15 dias, pagar o **débito**, acrescido das **custas**, sob pena de incidir **multa** de 10% e **honorários advocatícios** em igual percentual (CPC 523 § 1.º), sob pena de **penhora** (CPC 831).

A mora se constitui ante a inércia do devedor que, depois de intimado, deixa fluir o período de 15 dias sem proceder ao pagamento (CPC 523). Diante da omissão, o valor do débito é acrescido de multa de 10% ao valor da dívida e honorários de 10% (CPC 523 § 1.º).

O **marco inicial** de incidência da multa é a **intimação do devedor**, feita na pessoa do **advogado** constituído, por meio de publicação no diário oficial (CPC 513 § 2.º). Quando o devedor for representado pela Defensoria Pública ou não tiver representante nos autos, deve ser intimado por **carta com aviso de recebimento** (CPC 513 § 2.º II) ou por **edital**, se for revel (CPC 513 § 2.º IV).

Caso a execução seja levada a efeito após **um ano** do trânsito em julgado da sentença, a intimação é feita ao devedor, por meio de **carta com aviso de recebimento** (CPC 513 § 4.º). A carta deve ser encaminhada ao **endereço constante dos autos**. Considera-se realizada a intimação se o devedor tiver mudado de residência sem prévia comunicação ao juízo (CPC 513 § 3.º).

Mantendo-se inerte o devedor, **deve ser** expedido **mandado de penhora e avaliação**, seguindo-se os atos de **expropriação** (CPC 523 § 3.º e 831). Não há necessidade de o credor pedir nem de o juiz determinar tais atos, pois devem ser realizados "desde logo".

O devedor pode apresentar **impugnação**, independente da **penhora,** alegando os temas apontados no rol legal (CPC 525 § 1.º).

Penhorado **dinheiro**, mesmo que a impugnação disponha de **efeito suspensivo,** é possível mensalmente o **levantamento do valor da prestação** (CPC 528 § 8.º). Como se trata de crédito alimentar, descabe a imposição de **caução** (CPC 521 I).

31.37. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL

Não distingue a lei a origem do título que dá ensejo à cobrança da obrigação alimentar – se judicial ou extrajudicial – para que seja usada a via expropriatória ou a executória de coação pessoal. Não só **sentenças**, também **títulos executivos extrajudiciais**, permitem ameaçar o devedor com a prisão (CPC 911).

São **títulos executivos extrajudiciais**: a escritura pública, o documento particular assinado pelo devedor e duas testemunhas, e a transação **referendada** pelo Ministério Público, Defensoria Pública, pelos advogados das partes ou pelo mediador ou conciliador credenciado pelo tribunal (CPC 784 II a IV).

Prevista obrigação alimentar nesses documentos, não é necessária homologação judicial. No entanto, a cobrança de tal obrigação depende de **ação judicial**.

A execução pode ser levada a efeito pelo rito da **prisão** (CPC 911) ou via **execução por quantia certa** (CPC 913).

31.37.1. Rito da prisão

Para a cobrança de até **três prestações** – as mais recentes – o credor pode fazer uso da execução pelo rito da **coerção pessoal**.

O réu é citado para em três dias:

- **pagar** a dívida executada e mais as parcelas que se venceram até a data do pagamento, acrescida das custas e de honorários advocatícios de 10%;
- **justificar** a impossibilidade absoluta de pagar; ou
- **provar** que já pagou.

A citação deve ser **pessoal**. Por meio de **oficial de justiça** ou pelo correio com aviso de recebimento. Apesar de a lei nada dizer, a conclusão é lógica. Se no cumprimento da sentença a intimação é pessoal (CPC 528), nada justifica postura diferenciada em se tratando de dívida assumida extrajudicialmente.

31.37.2. Rito da expropriação

Buscada a execução pelo rito da expropriação, a citação pode ser feita pelo correio.

A despachar a inicial o juiz fixa honorários de 10% e determina a citação do devedor para no prazo de:

- **três dias** para **pagar** a dívida acrescida das parcelas que já se venceram, as custas e a **metade** dos honorários (CPC 827 § 1.º); ou
- **15 dias** para opor **embargos à execução** (CPC 915), independentemente de penhora (CPC 914).

Rejeitados os embargos os **honorários** podem ser elevados até 20% (CPC 827 § 2.º).

O credor pode optar pela **via da expropriação** com referência a todas as parcelas, inclusive as recentes.

31.38. COAÇÃO PESSOAL

O uso da forma mais eficaz para garantir o pagamento dos alimentos – a ameaça de prisão – é acessível tanto para a cobrança de alimentos fixados judicialmente (CPC 528 § 3.º) como em título executivo extrajudicial (CPC 911). Como afirma Luiz Edson Fachin, não se pode negar que o instituto da prisão civil, em seu caráter coercitivo, de ameaça, é inegavelmente útil e, no mais das vezes, leva o devedor ao cumprimento da obrigação.[257]

Esta via é restrita à cobrança das **três últimas prestações vencidas** antes do ajuizamento da execução e mais das que se vencerem no curso do processo (CPC 528 § 7.º e 911 parágrafo único). Esta assertiva é repetida para todas as obrigações de **trato sucessivo** (CPC 323) estando sumulada pelo STJ.[258] Ou seja, o adimplemento abrangem além das prestações vencidas, todas as que se vencerem até a data do pagamento.

Aliás, esta é a única forma que dispensa a propositura de um punhado de execuções, pois atendimento de todas as parcelas estão albergadas em um único processo de cobrança.[259]

---

257. Luiz Edson Fachin, Prisão civil do devedor de alimentos no novo CPC.

258. STJ – Súmula 309: O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

259. Execução de alimentos. Inadimplência. Prisão civil. Ilegalidade. Não ocorrência. Prestações alimentares referentes aos três meses anteriores ao ajuizamento e às vincendas. Súmula 309/STJ. Força executiva. [...] 2. Nos termos da Súmula nº 309 do STJ, "o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que

No entanto, simplesmente estes dispositivos viraram letra morta. A mudança começou pelo STJ, ao afirmar que a prisão civil só cabe quando:

- for indispensável à consecução dos alimentos inadimplidos;
- atingir o objetivo teleológico perseguido pela prisão civil – garantir, pela coação extrema da prisão do devedor, a sobrevida do alimentado – e;
- for a fórmula que espelhe a máxima efetividade com a mínima restrição aos direitos do devedor.

As justificativas para livrar o devedor da prisão são as mais variadas:

- Quando o credor de débito alimentar for maior e capaz, e a dívida se prolongar no tempo, atingido altos valores, exigir o pagamento de todo o montante, sob pena de prisão civil, é **excesso gravoso** que refoge aos estreitos e justificados objetivos da prisão civil por dívida alimentar;
- Se não há **risco iminente à vida** do credor de alimentos, ou mesmo, se ele pode, por meio de seu esforço próprio, afastar esse risco, não se pode aplicar a restrita e excepcional opção constitucional, porque não mais se discute a sublimação da dignidade da pessoa humana, em face da preponderância do direito à vida;[260]
- Foi concedido habeas corpus de ofício porque o credor, em outra execução recebeu uma importância em dinheiro e já **completou ▪ maioridade**. Embora tais fatos, por si, não desobriguem o executado pela dívida pretérita contraída ao longo de vários anos, torna desnecessária, na espécie, a prisão civil como medida

compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo". 3. "A restrição da execução aos valores das últimas três parcelas atrairia o efeito deletério de obrigar o credor alimentar a ajuizar várias execuções paralelas pelo rito prisional, acarretando, inevitavelmente, a acumulação de prazos de prisão decretados em diversos processos distintos", bem como a criação de verdadeiros alimentos de segunda categoria, sem a força executiva conferida por lei (HC 413.344/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/4/2018, DJe 7/6/2018). 4. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ – AgInt no HC 502736 SP 2019/0096521-3, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 28/05/2019).

260. STJ – RESP 392.521, 3ª T., REL. Nancy Andrighi, J. 27/06/2017.

coativa, seja em razão da ausência de atualidade e de urgência da prestação dos alimentos, seja porque essa técnica será **ineficaz** para compelir o devedor a satisfazer integralmente o débito que se avolumou de forma significativa;[261]

- A prisão civil por dívida alimentar tem como pressuposto a atualidade da verba executada, a traduzir a **urgência** da prestação jurisdicional requerida, de modo a serem acudidas as **necessidades momentâneas** do alimentando;[262]
- A dívida de natureza alimentar, em razão do reiterado inadimplemento do genitor, avolumou-se ao longo dos últimos 19 (dezenove) anos.[...] O fato de o credor dos alimentos, durante o trâmite da execução, ter atingido a maioridade civil, cursado ensino superior e passado a exercer atividade profissional remunerada, embora não desobrigue o genitor pela dívida pretérita contraída exclusivamente em razão de sua recalcitrância, torna **desnecessária**, na hipótese, a prisão civil como medida coativa, seja em razão da **ausência de atualidade** e de urgência da prestação dos alimentos, seja porque essa técnica será ineficaz para compelir o devedor a satisfazer integralmente o débito que se avolumou de forma significativa.[263]

Quando a dívida se avoluma – claro que por manobras do executado – a cobrança **perde seu caráter emergencial**. E, de ofício, o juiz pode **converter [illegible] cobrança** para o rito expropriatório, para não se atribuir à prisão civil uma **verdadeira penalidade**, em **contrariedade [illegible] caráter coercitivo legalmente estabelecido.**[264]

A restrição a três parcelas mais recentes, foi uma construção jurisprudencial que acabou cristalizada na lei. Exatamente pela mesma linha de argumentação, qual seja que, o credor deixava acumular dívida enorme para entrar com a cobrança pelo rito da prisão. Agora, pelo visto, se retornou à

261. STJ – HC 447620 SP 2018/0098798-0, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 07/08/2018.
262. STJ – HC 105198 MG 2018/0298107-1, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, j. 19/03/2019.
263. STJ – HC 415215 SP 2017/0227779-5, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06/02/2018.
264. TJDF – AI 07055431020198070000 – 0705543-10.2019.8.07.0000, 8ª C. Cív., Rel. Ana Cantarino, j. 17/07/2019.

estaca zero. Continua a Justiça beneficiando o devedor, em detrimento do credor. Não determina a prisão sem sequer verificar se existe patrimônio que possa garantir o pagamento.

Ainda bem que há decisões tanto da 3ª[265] como da 4ª Turma[266] em sentido contrário.

Não há necessidade que estejam vencidas três prestações para o credor buscar a cobrança. O inadimplemento de uma **única parcela** autoriza o uso da via executória.[267] Também podem ser cobradas parcelas alternadas.

Como os alimentos se destinam a garantir a sobrevivência do credor, o **vencimento é antecipado.** A dívida precisa ser paga de pronto, e qualquer atraso autoriza sua cobrança.

Diz a lei que, se o exequente optar pela cobrança "**desde logo**" (CPC 528 § 8º), somente pode fazê-lo pelo rito da **expropriação** (CPC 523), não sendo admissível a prisão do executado. Ou seja, alimentos **não definitivos**, estabelecidos em sentença ou em decisão interlocutória ainda sujeitas a recurso, não poderiam sujeitar o devedor à prisão. No entanto, não há

---

265. *Habeas corpus.* [...] Pagamento substancial do débito alimentar que não elide o decreto de prisão. Teoria do adimplemento substancial que não se aplica na seara da obrigação alimentar. Precedentes. [...] 5. A jurisprudência desta Corte já proclamou que não incide nas controvérsias relacionadas a obrigação alimentar a Teoria do Adimplemento Substancial, de aplicação estrita no Direito das Obrigações e que o pagamento parcial da verba alimentar também não afasta a possibilidade de prisão civil. [...] 7. O decreto de prisão proveniente da execução de alimentos na qual se visa o recebimento integral de até três parcelas anteriores ao ajuizamento da ação e das que se vencerem no seu curso não é ilegal. Inteligência da Súmula nº 309 do STJ e precedentes. 8. A inexistência de ilegalidade flagrante ou de coação no direito de locomoção do paciente impede a concessão da ordem de ofício. 9. *Habeas corpus* denegado. (STJ – HC 536544 SP 2019/0293964-4, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 20/02/2020).

266. *Habeas corpus.* Execução de alimentos. Inadimplência. Pagamento parcial. Prisão civil. Cabimento. Valores elevados. Requisitos. Ilegalidade. Não ocorrência. 1. Demonstrado que o paciente deixou de pagar os alimentos e que as importâncias exigidas se referem às três últimas parcelas anteriores ao ajuizamento da ação e às que se venceram no curso do processo, presentes estão os requisitos para a constrição pessoal do devedor de alimentos. 2. Legalidade ■ decretação da prisão na execução submetida ao rito do art. 733 do CPC/1973, regra reproduzida no art. 528, § 1º do CPC/2015, ainda que ■ débito alcance valor elevado por abranger ■ totalidade de dívida, prolongada no tempo. 3. O pagamento parcial da dívida não afasta o rito da prisão civil. 4. Ordem de *Habeas corpus* denegada. Agravo interno prejudicado. (STJ – HC 420907 SP 2017/0267964-7, 4ª T., Rel. Maria Isabel Gallotti, j. 14/08/2018).

267. JCJF – Enunciado 147: Basta o inadimplemento de uma parcela, no todo ou em parte, para decretação da prisão civil prevista no art. 528, § 7º, do CPC.

como excluir desta modalidade a cobrança de alimentos provisórios, como expressamente previsto (CPC 531).

Em sede de **cumprimento da sentença** o executado deve ser **intimado pessoalmente** para, no prazo de três dias (CPC 528): pagar, provar que pagou ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. Quando se trata de execução de **título extrajudicial**, é necessária a **citação** do devedor (CPC 911). O prazo é contado da data da juntada do mandado (CPC 231 II). Caso a cientificação ocorre por **precatória**, o prazo tem início quando informado o juiz deprecante de seu cumprimento (CPC 232).

Sustenta Rogério Tucci que, em se tratando de execução de alimentos provisórios cobrados em procedimento próprio, a intimação do réu pode ser levada a efeito na pessoa do procurador constituído nos autos. É suficiente que a intimação se aperfeiçoe na pessoa do advogado que representa o executado, o que propicia enorme economia de esforços e garante maior celeridade ao processo, dispensando atos e termos desnecessários.[268] Nada impede que a **citação** ou a **intimação** ocorra por **hora certa** (CPC 252), até porque costuma o executado esquivar-se do oficial de justiça. Ainda que pouco eficaz, nada obsta que a citação seja levada a efeito por **edital** (CPC 256).

31.38.1. Justificativa

Cientificado pessoalmente o devedor, dispõe o mesmo do prazo de **três dias** para pagar, provar que pagou ou justificar a impossibilidade de proceder ao pagamento (CPC 528 e 911).

A desculpa para livrar-se da prisão tem que ser **absoluta** (CPC 528 § 2.º): que se encontre em situação tal que esteja sem aferir renda por fato que não tenha dado causa. Não serve a alegação de **desemprego**, a constituição de **outra família** ou o nascimento de outros filhos.[269] Ao invés de não pagar, deveria ter buscado a redução do encargo.

268. José Rogério Cruz e Tucci, Questões polêmicas sobre a prisão por dívida alimentar.

269. *Habeas corpus*. Execução de alimentos. Prisão civil. [...] 3. O STJ já consolidou o entendimento de que o desemprego, a constituição de nova família e o nascimento de outros filhos não são suficientes para justificar o inadimplemento da obrigação alimentar, devendo tais circunstâncias ser examinadas em ação revisional ou exoneratória, justamente em razão da estreita via do *Habeas corpus*. 4. A inexistência de ilegalidade flagrante ou de coação no direito de locomoção do paciente impede a concessão da ordem de ofício. 5. *Habeas corpus* denegado. (STJ – HC 515362 SP 2019/0168037-5, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 20/08/2019).

Do mesmo modo, descabido pretender compensar o valor da dívida com pagamentos *in natura*, ou eventuais **liberalidades** levadas a efeito. A não ser que reste comprovado que o devedor pagou encargos que eram da responsabilidade do credor.[270]

Aceita a justificativa e reconhecido que o devedor não tem condições de proceder ao pagamento, tal não enseja a **extinção do débito**. Ainda que não seja preso, a dívida permite e a execução deve prosseguir pelo rito da expropriação (CPC 530).

Não aceita a **justificativa** apresentada para o inadimplemento, o juiz, além de determinar o **protesto**, decreta a **prisão** do devedor (CPC 528 § 3.º). Ele só se livra da cadeia mediante a quitação integral do débito: as parcelas executadas e todas as que se venceram até a data do efetivo pagamento.

O valor a ser pago é tão somente o que diz com o encargo alimentar. **Custas processuais** e **honorários advocatícios**, mesmo que devidos, não são alvo da cobrança sob ameaça de prisão. Por isso, no mandado de citação devem ser discriminados os valores e os encargos devidos.

Tendo as partes realizado **acordo**, não sendo ele cumprido, essa circunstância não impossibilita o prosseguimento da execução pelo rito da prisão. A dívida não perde a **atualidade**, sob pena de se estimular o uso deste expediente pelo devedor.

O cumprimento do prazo de aprisionamento, não perdoa o devedor de pagar a dívida. A cobrança segue pela via expropriatória (CPC 528 § 5.º).

Pagas as prestações vencidas e as que se venceram até a data do pagamento, o juiz suspende o cumprimento da ordem de prisão (CPC 528 § 6.º).

31.38.2. Prisão

A única exceção à impossibilidade de prisão por dívida é o inadimplemento injustificado de obrigação alimentar (CR 5.º LXVII).

---

270. Agravo interno no agravo em recurso especial. 1. A jurisprudência do STJ, em regra, não admite a compensação de alimentos fixados em pecúnia com aqueles pagos *in natura*. Entende-se que o pagamento de forma diferente da estipulada pelo juízo deve ser entendido como mera liberalidade. 1.1. Todavia, deve-se ponderar que o princípio da não compensação do crédito alimentar não é absoluto, podendo ser flexibilizado para impedir o enriquecimento indevido de uma das partes. Nesse contexto, o STJ tem admitido, excepcionalmente, a compensação de despesas pagas *in natura* referentes à moradia, saúde e educação, por exemplo, com o débito oriundo de pensão alimentícia. Precedentes. 2. Agravo interno desprovido. (STJ – AgInt no AREsp 1256697 MG 2018/0048189-0, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, j. 28/09/2020).

O prazo de aprisionamento é de **um a três meses** (CPC 528 § 3.º), quer se tratem de alimentos definitivos ou provisórios (CPC 531), quer tenham sido estabelecidos em sentença, decisão interlocutória (CPC 528), ou extrajudicialmente (CPC 911 parágrafo único).

No entanto, o CPC não revogou o art. 19 da Lei de Alimentos, que prevê o prazo de prisão do devedor por até 60 dias, para a instrução da causa e também para a execução da sentença ou cumprimento do julgado ou do acordo. Claro que o prazo mínimo é de um mês. Para ser fixado em montante superior, a decisão precisa ser justificada.

O **regime prisional é o fechado**, mas deve ficar separado dos presos comuns (CPC 528 § 4º). Nitidamente um privilégio que não se justifica. Afinal, apesar de se tratar de **prisão civil**, foi cometido pelo devedor o delito de **abandono material** (CP 224). Sendo a credora ex-mulher do devedor, trata-se de **violência patrimonial** (LMP 7.º IV).[271]

De qualquer modo o devedor não faz jus à prisão em **cela especial** (CPP 295 § 1º).

Contra o decreto prisional, cabe o **agravo de instrumento** (LA 19 § 1.º). Como o recurso não suspende a execução da ordem de prisão (LA 19 § 3.º) é possível requerer ao relator a concessão de **efeito suspensivo** (CPC 1.019 I).

Frequentemente, o devedor impetra ***habeas corpus***, no intuito de livrar-se da prisão, alegando impossibilidade financeira para pagar os alimentos. O meio é inadequado.[272] Havendo dívida, não há como reconhecer **ilegalidade** no decreto de prisão que rejeita a justificativa apresentada. Só

271. IBDFAM – Enunciado 20: O alimentante que, dispondo de recursos econômicos, adota subterfúgios para não pagar ou para retardar o pagamento de verba alimentar, incorre na conduta descrita no art. 7º, inc. IV da Lei nº 11.340/2006 (violência patrimonial).

272. *Habeas corpus*. Execução de alimentos. Inadimplência do devedor. Prisão civil. Liminar indeferida em outro writ. Inocorrência de ilegalidade manifesta ou de teratologia. Afirmada ilegalidade do decreto de prisão. Não ocorrência. Alegada inadequação do rito da execução e de ausência de apreciação das justificativas apresentadas. Ofensa à súmula nº 09 do STJ. Inexistência de prova pré-constituída do alegado. Maioridade. Exoneração dos alimentos não é automática. Súmula nº 358 do STJ. Aduzida incapacidade financeira para o adimplemento da obrigação. Necessidade de dilação probatória. Impossibilidade de aferição em *Habeas corpus*. Representação processual após maioridade. Irregularidade. Providência do art. 78 do CPC. Inexistência de nulidade. Pagamento parcial da pensão não afasta o decreto de prisão. Precedentes. Inadimplemento das três parcelas anteriores ao ajuizamento da execução e das que venceram no curso da ação. Incidência da súmula nº 309 do STJ. *Habeas corpus* não conhecido. [...] (STJ – RESP Nº 405.934, 3ª T., Rel. Moura Ribeiro, j. 22/08/2017).

em casos muito excepcionais é admitida a prisão domiciliar.[273] Além do que, é descabido o exame de **matéria de fato** nesta estreita via. Ao depois, não existindo prazo para o seu manejo, não pode ser admitido para contornar eventual intempestividade do recurso (CPC 1.015 parágrafo único).

Vez por outra a desconformidade do devedor é de tal ordem que, contra o decreto de prisão, faz uso de **mandado de segurança**. Ainda que as ações constitucionais não sejam recursos, nitidamente é feito uso de mais de uma via impugnativa contra uma mesma decisão judicial.

O devedor não pode buscar a **redução** ou a **exoneração** do encargo alimentar em sede executória. Precisa fazer uso de ação própria, apesar de Súmula do STJ emprestar efeito retroativo de modo a alcançar débito preexistente.[274]

Ainda que o devedor não possa ser preso novamente pelo inadimplemento da mesma dívida, o cumprimento da pena não o dispensa do pagamento das prestações vencidas e vincendas (CPC 528 § 5.º). Assim, e nos **mesmos autos** (CPC 531 § 2.º), pode prosseguir a cobrança do débito pelo rito da expropriação (CPC 530), quando incide o pagamento de multa e de honorários advocatícios, caso não atenda ao pagamento da dívida no prazo de 15 dias (CPC 523 § 1.º).

31.39. EXPROPRIAÇÃO

Para a cobrança de alimentos vencidos há mais de **três meses**, somente é possível o uso da via expropriatória, independentemente de se tratar de título executivo **judicial** (CPC 528) ou **extrajudicial** (CPC 911).

---

273. *Habeas corpus*. Execução de alimentos. Regime fechado. Ausência de ilegalidade no decreto prisional. Conforme jurisprudência consolidada, a alegação de impossibilidade de pagamento não tem o condão de elidir a ordem de prisão, devendo ser deduzida em ação revisional própria. Ademais, o art. 528, § 4º, do CPC, prevê expressamente que a prisão do devedor de alimentos deve ser cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns, de modo que descabe, em regra, fixar regime diverso. Nesse sentido, a prisão em regime domiciliar somente é admitida em casos excepcionais, quando inexistente local apropriado para cumprimento da prisão civil ou quando comprovadamente a segregação do devedor de alimentos em regime fechado põe em risco sua vida, o que não se verifica na espécie. Denegaram a ordem. Unânime. (TJRS – HC 0120966-21.2019.8.21.7000, 8ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 12/06/2019).

274. STJ – Súmula 621: os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade.

A cobrança de **título executivo extrajudicial**, depende da propositura de uma execução, pelo rito da prisão (CPC 911) ou via execução por quantia certa (CPC 824 e ss.). Na inicial deve o credor indicar os bens a serem **penhorados** (CPC 829 § 2.º). Ao despachar a inicial o juiz fixa, de plano, honorários advocatícios de 10% (CPC 827).

O executado é citado pelo correio ou por oficial de justiça (CPC 246 I) para, em **três dias**, efetuar o pagamento da dívida (CPC 827), fluindo o prazo da data da juntada aos autos do aviso de recebimento (CPC 231 I). Procedido ao pagamento nesse prazo, a verba honorária é reduzida pela **metade** (CPC 827 § 1.º). Não efetuado o pagamento, o oficial de justiça procede à **penhora** e à **avaliação dos bens**. A preferência é sempre penhorar dinheiro (CPC 835), porque o credor pode, mensalmente, levantar o valor do encargo (CPC 913).

Por se tratar de crédito alimentar, possível a penhora dos **vencimentos**, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria,[275] pensões, pecúlios e montepios; das quantias recebidas por liberalidade de terceiro ainda que destinadas ao sustento do devedor e sua família; dos ganhos de trabalhador autônomo e dos honorários de profissional liberal (CPC 833 IV).

Do mesmo modo, admite-se o **bloqueio de créditos** do devedor, mesmo que de natureza trabalhista, bem como sobre o valor recebido a título de restituição do **imposto de renda**, verba que dispõe de natureza salarial.

O valor depositado em **caderneta de poupança** é impenhorável até o montante superior a **40 salários mínimos** (CPC 833 X). Este limite, no entanto, não existe em se tratando de dívida alimentar.[276] A identificação da

275. Execução de alimentos. Penhora da aposentadoria. Possibilidade. Insurgência do executado contra decisão que autorizou a penhora. Manutenção. Proventos do executado que, a princípio, são impenhoráveis (art. 833, IV do CPC/2015). Exceção diz respeito à penhora para pagamento de prestação alimentícia. Precedentes. Caso que envolve ▪ penhora para pagamento de pensões atrasadas. Possibilidade. Agravo desprovido. (TJSP – AI 20690814120198260000 SP 2069081-41.2019.8.26.0000, 3ª C. Dir. Priv., Rel. Carlos Alberto de Salles, j. 07/05/2019).

276. Penhora de valores de caderneta de poupança. A impenhorabilidade consagrada no art. 649, X, do CPC/73, em caráter absoluto, é mitigada pela regra do art. 833, X e seu ▌2º, do NCPC, atualmente em plena vigência, a qual permite a penhora de quantia depositada em caderneta de poupança para pagamento de dívidas de natureza alimentar, de qualquer origem. Destaca-se que não há o que ser questionado sobre ▪ natureza alimentar dos créditos trabalhistas, e ▪ cláusula – de qualquer origem –, aposta pelo legislador, não deixa margem para qualquer distinção que antes se pudesse fazer entre as diversas espécies de alimentos. Agravo de petição ▪ que se

natureza do depósito é exemplificativa, havendo a possibilidade de penhora de numerário aplicado em outras modalidades de **investimento**. Sobre esses valores é possível o levantamento mensal do *quantum* da prestação alimentar (CPC 528 § 8º e 913).

Para assegurar a constrição de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, possível a **penhora on-line** (CPC 854): é realizada pelo próprio juiz, por meio do Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário (Sisbajud), que veio substituir o BacenJud. Permite o rastreamento e a localização de ativos de devedores em tempo real. Podem ser solicitadas informações sobre: extratos bancários; aplicações financeiras; extrato de conta de FGTS; extrato de conta do PIS; faturas de cartão de crédito; contratos de câmbio; contrato de abertura de conta; cópia de cheques; ações e títulos de renda fixa entre outras.

Feito o bloqueio até o valor do débito, as instituições de crédito devem obrigatoriamente fazer o monitoramento e manter a pesquisa de ativos financeiros do devedor até a satisfação integral do débito, o que é conhecido como "teimosinha",

A penhora *on-line* deve ser levada a efeito antes mesmo da citação do devedor, para evitar que ele, mediante alguma "pedalada", faça desaparecer o numerário que dispõe. Perdeu o legislador a oportunidade de criar um sistema eletrônico para a penhora de cotas sociais, de imóveis e de veículos ou outros bens.[277]

É cabível a **penhora dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis** (CPC 834), e de parcela dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, contanto que não ultrapasse 50% de seus ganhos líquidos (CPC 529 § 3.º).

Também é possível a determinação judicial de constituição de **garantia real ou fidejussória** (LD 21).

O crédito alimentar tem **preferência absoluta**, inclusive quando o pagamento depende de **precatório**.[278]

---

dá provimento para determinar que seja mantido o valor bloqueado da caderneta de poupança da executada. (TRT-1 – AP 00003225520115010204 RJ, 8ª T., Rel. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, j. 30/04/2019).

277. Denise Donoso e Renato Montana de Sá, Penhora de bens por meio eletrônico, 152.

278. STJ – Súmula 144: Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.

No prazo de 15 dias da juntada aos autos do comprovante de citação, o executado pode oferecer **embargos à execução** (CPC 915), independentemente de **penhora**, **depósito** ou **caução** (CPC 914). Os embargos não dispõem de **efeito suspensivo** (CPC 919).

Rejeitados os embargos, o **recurso** não dispõe de **efeito suspensivo** (CPC 1.012 § 1.º III).

O bem penhorado é alienado em **hasta pública**, vertendo o produto da venda para o credor. A alienação pode ser levada a efeito por iniciativa particular do credor (CPC 880).

Penhorado **bem indivisível**, a **quota parte** do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução recai sobre o **produto da alienação** (CPC 843). Não só o credor, mas também o seu cônjuge, companheiro, ascendentes ou descendentes podem **adjudicar** o bem penhorado por preço não inferior ao da avaliação (CPC 876 § 6.º).

Inadimplida a obrigação alimentar, o terceiro que arcar com o débito resta **sub-rogado** no **crédito**, bem como na **modalidade executória** que lhe é inerente. Assim, deixando o alimentante de arcar com a pensão, outra pessoa realizando o pagamento, fica ela autorizada a proceder à cobrança nos mesmos autos. Só não cabe ser utilizado o rito executório da prisão (CPC 778 IV).

A obrigação só se extingue quando o devedor pagar as parcelas vencidas e todas as que se venceram durante o processo e mais honorários, multa e custas (CPC 323).

31.40. PARCELAMENTO DO DÉBITO

Somente na via expropriatória é concedido ao devedor o direito de pleitear o pagamento do débito de forma parcelada (CPC 916).

Para tal, no prazo dos embargos à execução, deve depositar judicialmente 30% do valor da execução, mais custas e honorários. Comprovando o depósito pode requerer o **parcelamento do saldo**, em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de um por cento ao mês (CPC 916 § 6.º).

A opção pelo parcelamento importa em **renúncia** ao direito de opor embargos.

O deferimento do pedido de parcelamento não depende da **concordância do credor**. Trata-se de um **direito potestativo** do devedor. O credor somente pode se manifestar sobre o atendimento dos pressupostos legais (CPC 916 § 1.º). Também o juiz não pode indeferir o pedido.

O não pagamento, além de acarretar o vencimento das parcelas subsequentes, leva ao prosseguimento da execução e à imposição de multa de 10% sobre o valor não pago (CPC 916 § 5.º II).

De forma absolutamente injustificável não é admitido o parcelamento quando se trata de execução pelo **rito da prisão**. A falta de expressa previsão legal não serve de justificativa. Muito antes pelo contrário. O que não é proibido é permitido.

Argumentação de duas ordens impõe o reconhecimento da possibilidade. Ou melhor, três são os argumentos. Primeiro: a execução deve ser feita do modo menos gravoso ao devedor (CPC 805). Ao depois, inadmitir o parcelamento talvez torne inexigível o crédito. É que, cumprido o prazo de aprisionamento, a cobrança segue pelo rito da expropriação. E se o devedor não tiver bens? Finalmente, se houve o depósito do valor de 30% do débito, indeferido o pedido, o montante será devolvido ao devedor?

Expressa – e surpreendentemente – não é admitido o **parcelamento do débito** em sede de cumprimento de sentença (CPC 916 § 7.º). Até porque, expressamente é determinada a aplicabilidade das regras da execução de título extrajudicial ao cumprimento de sentença (CPC 771).

Não há razão jurídica razoável para a dicotomia de tratamento na execução de título extrajudicial ou judicial, deferindo-se a um o parcelamento pelo adimplemento voluntário e ao outro não. A obrigação que se consubstancia no título extrajudicial não é melhor ou pior que aquela fundada no título judicial, e vice-versa.[279]

31.41. DUAS COBRANÇAS EM ÚNICO PROCESSO

Há novidades difíceis de absorver. Certamente um dos grandes avanços da lei processual foi dispensar o uso de procedimentos distintos para cobrar o débito alimentar. Havendo parcelas antigas e atuais, não é mais necessária a duplicidade de ritos.

A propositura de duas execuções só onera as partes e afoga a Justiça. Fernanda Tartuce sustenta a possibilidade do uso do mesmo processo, não lhe soando incompatível que seja determinada a prisão e a penhora, mas reconhece que a lei deveria ser mais explícita.[280]

---

279. Marcus Filipe Freitas Coelho, Da descabida vedação imposta pelo CPC ao parcelamento da dívida em fase de cumprimento de sentença.

280. Fernanda Tartuce, Processos judiciais,..., 963.

A exigência de **identidade de procedimento** para ser admitida a **cumulação de execuções** (CPC 780) não diz com a obrigação alimentar. Trata-se de débito decorrente do mesmo título executivo. A possibilidade da cobrança pelo rito da prisão e da penhora está prevista em um único capítulo, tanto se o encargo foi estabelecido em decisão interlocutória quanto em sentença (CPC 528 a 533). O mesmo vale para cobrar títulos extrajudiciais (CPC 911 parágrafo único).

Assim, para lá de desarrazoado impor o uso de diferentes procedimentos. Nada impede que o credor busque o pagamento da totalidade da dívida em única execução, independentemente do número de parcelas não pagas.[281]

No mesmo mandado o devedor é citado (ou intimado) para pagar as três prestações vencidas recentemente, sob pena de prisão e as mais antigas, sob pena de penhora. Esta, no entanto, não é a orientação da jurisprudência.

Deste modo, é possível o ingresso de uma única demanda para pedir a prisão do devedor referente às três últimas parcelas e, via penhora, os débitos pretéritos.

Ao juiz não mais cabe cindir a cobrança quando é buscado o pagamento de mais de três parcelas pelo rito da coação pessoal. Deve dar ciência ao credor que o réu será citado para pagar, em três dias, as três parcelas recentes, sob pena de prisão. As parcelas antecedentes serão cobradas pelo rito da expropriação, devendo o exequente emendar a inicial indicando bens à penhora.

31.41.1. De título executivo judicial

O cumprimento definitivo da sentença segue nos mesmos autos em que foram estabelecidos os alimentos (CPC 531 § 2.º).

Em um só despacho o juiz determina:

- a intimação pessoal do réu para em três dias (CPC 528): pagar, provar que já pagou, ou comprovar a impossibilidade absoluta de pagar as três últimas parcelas vencidas antes do pedido de cumprimento e mais todas as que se vencerem até o efetivo pagamento, sob pena de prisão (CPC 528 § 7.º); e

281. IBDFAM – Enunciado 32: É possível a cobrança de alimentos, tanto pelo rito da prisão como pelo da expropriação, no mesmo procedimento, quer se trate de cumprimento de sentença ou de execução autônoma.

- a intimação do devedor, na pessoa do advogado, via publicação no Diário da Justiça (CPC 513 § 2.º I), para em 15 dias (CPC 523): pagar as parcelas pretéritas, acrescidas das custas, sob pena de penhora.

Decorrido o prazo de três dias da juntada do mandado de intimação nos autos, o juiz manda a protesto a dívida (CPC 528 § 1.º) e expede mandado de prisão. Igual será o comando judicial se não for aceita a justificativa apresentada pelo devedor (CPC 528 § 3.º).

Decorrido o prazo de 15 dias da intimação do advogado, o total da dívida é acrescido de multa de 10% e honorários em igual percentual (CPC 523 § 1.º).

E o juiz expede mandado de penhora e avaliação (CPC 523 § 3.º).

31.41.2. De título executivo extrajudicial

A cobrança de obrigação alimentar contida em título executivo extrajudicial é feita mediante procedimento de execução.

Protocolada a cobrança, o exequente pode requerer certidão para averbar a existência da mora no registro de imóveis, no registro de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade (CPC 828). Também é possível a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes: SPC e SERASA (CPC 782 § 3.º).

Ao despachar a inicial, o juiz determina a expedição de mandado de citação para o executado, em **três dias** (CPC 911) efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se venceram no seu curso, provar que já pagou ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Se o executado não pagar – ou se a justificativa não for aceita – o juiz determina o protesto e decreta a **prisão do devedor** (CPC 911 parágrafo único e 528 § 3.º).

Quando o credor não requerer a execução pelo rito da prisão, deve indicar bens à penhora. O processo segue como **execução por quantia certa** (CPC 913 e 824).

Do mesmo modo, cumprido o prazo de prisão sem pagamento, prossegue a execução pela totalidade da dívida, com relação a todas as parcelas, pelo rito da expropriação (CPC 530).

De plano, o juiz fixa honorários advocatícios de 10%. O executado é citado para pagar a dívida no prazo de três dias, devendo constar do mandado a ordem de penhora e avaliação (CPC 829 § 1.º).

No caso de pagamento integral em até três dias, o valor dos honorários é reduzido pela metade (CPC 827 § 1.º).

Às claras que o uso de um só processo para os dois procedimentos não gera confusão nem retarda a cobrança do crédito alimentar.

Muito pior e seguir como ainda vem sendo feito até agora. Uma execução para cada rito. Só que, cumprida a prisão e não realizado o pagamento, tramitavam as duas execuções pelo rito da penhora, entre as mesmas partes, para a cobrança de obrigação de igual natureza.

Assim, é chegada a hora de acabar com a exigência da propositura de duas execuções, o que movimenta duas vezes a máquina judiciária, onera o credor e só beneficia o devedor.

31.42. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Pela lei processual anterior, a oposição de **embargos** estava condicionada à penhora de bens ou valores. No entanto, por construção jurisprudencial, alegando o devedor que o título não estava revestido dos requisitos formais, passou-se a admitir a oposição de exceção de pré-executividade. O devedor, ao ser citado, ao invés de indicar bens à penhora, opunha exceção, alegando que faltava ao título liquidez, certeza ou exigibilidade. E, não sendo título executivo o documento que embasava a demanda, não poderia desencadear processo de execução.

No atual Código de Processo Civil, nas execuções, a oposição dos embargos não mais depende da **segurança do juízo**. No prazo de 15 dias, da juntada aos autos do mandado de citação ou intimação, o executado pode apresentar **impugnação** (CPC 525) ou oferecer **embargos** à execução (CPC 915), independentemente de penhora, depósito ou caução (CPC 914). Com isso, teria mais razão admitir-se exceção de pré-executividade.

No entanto, este expediente continua sendo utilizado até em execuções de crédito alimentar.[282]

---

282. Fernanda Tartuce, Processos judiciais,..., 963.
Execução. Nulidade da execução por ausência de título executivo. Alegação desacolhida. 1. A exceção de pré-executividade não se presta para discutir eventual excesso de execução, mas a higidez do título. 2. A exceção de pré-executividade destina-se, precisamente, para agasalhar a defesa do devedor em situações onde é flagrante o descabimento da execução, seja por inexistência do título, seja por inexistir a obrigação, o que não é o caso dos autos. 3. No caso, os alimentos foram fixados pelo juízo criminal, consoante previsão da Lei nº 11.340/2006, destinando-se a prover o sustento da filha do recorrente. 4. Sendo a dívida alimentar líquida, certa e exigível,

31.43. CRIME DE ABANDONO MATERIAL

A lei processual (CPC 532) determina ao juiz que, flagrando **conduta procrastinatória** do executado e indícios da prática de delito, dê vista ao Ministério Público (CP 244).[283] Em sede de alimentos, havendo indícios de que o devedor dispõe de recursos econômicos e atrasa o pagamento, deve o juiz notificar o agente ministerial.[284]

Trata-se do crime de abandono material contra a **assistência familiar**, sujeito à pena de detenção de um a quatro anos e multa de um a 10 salários mínimos (CPC 244). A ação é pública incondicionada, não sujeita a representação. Em face da pena mínima cominada, o Ministério Público pode propor a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995 89).

Quando a credora dos alimentos é a **mulher** com quem o devedor manteve vínculo familiar ou de convivência, o descumprimento da obrigação alimentar configura **violência doméstica**, sob a modalidade de **violência patrimonial** (LMP 7.º IV): *entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.*

---

mostra-se injustificada a inadimplência. Recurso desprovido. (TJRS – AI 70078972965 RS, 7ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 27/02/2019).

283. Abandono material. Prestações alimentícias. [...] 1. Pratica o crime de abandono material, previsto no art. 244 do Código Penal, o agente que deixa de prover, sem justa causa, a subsistência de filhos menores de 18 (dezoito) anos, descumprindo obrigação alimentar fixada judicialmente. 2. A simples alegação de desemprego formal não é suficiente para caracterizar a justa causa prevista no artigo 44, do Código Penal, devendo a Defesa trazer elementos probatórios suficientes para comprovar a incapacidade financeira do devedor em prover o auxílio aos filhos. 3. O fato de se encontrar desempregado não afasta, de forma absoluta, a responsabilidade do alimentante de prestar alimentos aos filhos, pois o fato de se manter vivo e saudável, sem qualquer incapacidade, demonstra a aptidão para o trabalho e condições de possibilitar recursos aos filhos. De mais a mais, viver de "bicos" não significa não auferir renda para seu sustento e da família. Aliás, vale ressaltar que, não raro, os "bicos" trazem rendimentos maiores que o trabalho assalariado, não significando incapacidade financeira, sobretudo face à pequena monta em que consiste a pensão sonegada (30% salário mínimo). [...] 6. Recurso conhecido e improvido. (TJDF – AC 20100310012062 DF 0001192-41.2010.8.07.0003, Rel. Demetrius Gomes Cavalcanti, j. 14/03/2019).

284. IBDFAM – Enunciado 23: Havendo atraso ou não pagamento da verba alimentar e indícios de que o devedor dispõe de recursos econômicos, o juiz cientificará ao Ministério Público para apurar a prática do crime de abandono material.

Estipulados **alimentos provisórios** em seu favor, a título de **medida protetiva** no âmbito da Lei Maria da Penha (LMP 22 V), o não pagamento, configura **crime de descumprimento de medidas protetivas de** urgência, cuja pena é de três meses a dois anos de detenção (LMP 24-A).

O **prazo de prisão civil** cumprido em sede de execução de alimentos, não é computado no caso de condenação. Não há a possibilidade de se considerar o período de prisão civil para diminuir o tempo de cumprimento da pena imposta pelo juízo criminal.[285]

Flagrada atitude omissiva no atendimento da obrigação alimentar, tal configura também **uso de expediente atentatório à dignidade da justiça**, a dar ensejo à declaração de **litigância de má-fé**, com a aplicação de multa e condenação ao pagamento de **indenização** em favor do alimentando (CPC 80 e 81). Essa apenação pode ser imposta tanto pelo juízo de primeiro grau, como pelo órgão recursal, mesmo quando o recurso tenha sido interposto pelo devedor. Não configura *reformatio in pejus* nem há supressão de um grau de jurisdição.

A reiterada mora do devedor gera no alimentando sofrimento e dor, pois vê o pagamento da pensão ser postergado por tempo infinito, a ferir sua dignidade. Assim, o injustificável atraso configura dano susceptível de ser indenizado a título de **dano moral**.[286] Importa, acima de tudo, devolver ao processo de execução alimentar a velha crença de que a pensão em atraso "dá cadeia" e gera outras eficazes medidas jurídicas de rápida solução processual.[287]

No entanto, a omissão ocasional ou o simples atraso no cumprimento do dever de assistência material não configura o delito.[288]

---

285. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Alimentos e direito penal:..., 322.

286. Recurso especial. Abandono material. Menor. Descumprimento do dever de prestar assistência material ao filho. Ato ilícito (cc/2002, arts. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 e 1.634, I; ECA, arts. 18-a, 18-b e 22). Reparação. Danos morais. Possibilidade. Recurso improvido. 1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. 2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. Recurso especial improvido. (STJ – RESP 1.087.561, 4ª T., Rel. Raul Araújo, j. 13/06/2017).

287. Rolf Madaleno, A execução de alimentos pela via da dignidade humana, 260.

288. Idem, ibidem.

31.44. PRESCRIÇÃO

O direito a alimentos é imprescritível, mas não o é o direito às prestações vencidas e inadimplidas.[289] O prazo prescricional do crédito alimentar é de **dois anos** (CC 206 § 2.º).

A prescrição pode ser decretada **de ofício** pelo juiz (CPC 487 II) devendo antes ser oportunizada a manifestação do autor (CPC 487 parágrafo único), pois é proibida decisão surpresa (CPC 10).

Em se tratando de obrigação de trato sucessivo, cada parcela é prescrita a contar da fluência do prazo de pagamento. No entanto, cabe lembrar que contra **menores** absolutamente incapazes (CC 198 I), bem como durante o exercício do **poder familiar**, não corre prescrição (CC 197 II).

Imposta obrigação alimentar na ação de **investigação de paternidade**, a ser paga desde a data da citação, o prazo prescricional para a cobrança tem início quando do trânsito em julgado da sentença que reconheceu o vínculo parental.[290]

31.45. AÇÃO REVISIONAL E EXONERATÓRIA

Consagra a lei o **princípio da proporcionalidade** ao estabelecer que a fixação dos alimentos deve atentar às **necessidades** de quem os reclama e às **possibilidades** do obrigado a prestá-los (CC 1.694 § 1.º). A exigência de ser obedecido esse parâmetro é que permite a revisão ou a exoneração do seu valor. Havendo alteração em um dos vértices desse binômio é possível, a qualquer tempo, rever o valor do encargo (CC 1.699).

Como o dever alimentar se prolonga no tempo, são comuns as ações revisionais, sob a alegação de ter havido, ou aumento ou redução, quer das possibilidades do alimentante, quer das necessidades do alimentando. Tais alterações provocam afronta ao princípio da proporcionalidade, autorizam a busca de nova equalização de valores.

---

289. Rodrigo da Cunha Pereira, Teoria geral dos alimentos, 14.

290. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Execução de verba alimentar pretérita. [...] Inocorrência da prescrição. Termo inicial da execução dos alimentos pretéritos contados do trânsito em julgado da sentença que declarou a paternidade. [...] 2. O prazo prescricional para o cumprimento de sentença que condenou ao pagamento de verba alimentícia retroativa se inicia tão somente com o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a paternidade. 2.1. A possibilidade da execução provisória de sentença em virtude da atribuição apenas do efeito devolutivo ao recurso de apelação, não pode ter o condão de modificar o termo inicial da prescrição. [...] (STJ – Resp. 1634063 AC 2016/0219387-4, Rel. Min. Moura Ribeiro, j 20/06/2017).

A alegação do fim da necessidade do alimentando dá ensejo à pretensão exoneratória. Porém, o só implemento da **maioridade** não serve de justificativa para buscar a cessação da obrigação alimentar. O STJ sumulou o tema.[291]

O ingresso da ação não autoriza o devedor nem a reduzir o valor dos alimentos nem a deixar de pagá-los. A alteração do encargo depende de chancela judicial.

Na ação de alimentos a **revelia** enseja os efeitos de confissão quanto à matéria de fato (LA 7º). Assim, quando é o **credor** que busca a majoração dos alimentos, o silêncio do demandado implica em reconhecimento da pretensão do autor, devendo ser acolhido igualmente o pedido.

Já quando a pretensão é do **devedor** de reduzir os alimentos ou se exonerar do encargo, o silêncio do demandado não autoriza a procedência da ação. São pressupostos para a demanda: a restrição ou impossibilidade do alimentante de pagar ou a redução ou a inexistência da necessidade do credor de receber. Tais assertivas dependem de prova, sob pena de a pretensão esbarrar na **coisa julgada**. E o silêncio do réu nem sempre supre a necessidade dessa prova.

Frequentes são as ações de exoneração ou redução sob a alegação de impossibilidade do alimentante de continuar atendendo ao montante estabelecido. Nessa hipótese, é necessária prova robusta da incapacidade do devedor, principalmente quando ausente comprovação de que não subsiste a necessidade do alimentando. Os argumentos mais comuns são a constituição de **nova família**, ou o nascimento de outros **filhos**.[292] Porém esses acontecimentos não justificam a redução do encargo, sob pena de se estar transferindo a obrigação alimentar de uns filhos para os outros. O surgimento de nova família e o nascimento de outros filhos não são motivos instantâneos e razões infalíveis de redução da obrigação alimentar

---

291. STJ – Súmula 358: O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.

292. Revisional de alimentos. Pedido de redução, sob alegação de aumento de despesas decorrentes de união estável. Sentença de improcedência do pedido. Constituição de união estável é ato voluntário buscado pelo alimentante. Insuficiência probatória de alteração da capacidade econômica. Réu menor, em favor da qual milita a presunção de necessidade. Princípio da paternidade responsável. Manutenção dos alimentos nos moldes anteriormente fixados. Constituição de nova família por parte do devedor que não implica, por si só, em alteração da obrigação anteriormente contraída. Precedente da Câmara e STJ. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP – AC 10021272920178260120 SP 1002127-29.2017.8.26.0120, 9ª C. Dir. Priv., Rel. Rogério Murillo Pereira Cimino, j. 16/04/2020).

preexistente, sendo ônus do devedor provar, satisfatoriamente, que houve substancial alteração de sua capacidade econômica.[293] Tais fatos, inclusive, mais evidenciam a capacidade econômica do alimentante, pois só constitui família ou tem filhos quem tem condições para arcar com os encargos decorrentes. De qualquer modo, vez por outra, tais justificativas servem para reduzir o encargo, sob o fundamento de que o alimentante não pode estar fadado à solidão.[294]

Daí a tendência é promover a readequação do valor, atentando ao princípio da **igualdade constitucional** entre os filhos. É admitida a fixação em valores **diferenciados**, a depender da distinta capacidade contributiva entre as genitoras.[295]

A pretensão revisional pelo fato de o filho permanecer com o alimentante no período de **férias** não prospera pois há despesas regulares e mensais. [296]

293. Rolf Madalen, Curso de Direito de Família, 1.100.

294. Leonardo de Faria Beraldo, Alimentos no Código Civil, 58.

295. Ação de alimentos. Diferença de valor ou de percentual na fixação dos alimentos entre filhos. Impossibilidade, em regra. Princípio constitucional da igualdade entre filhos, todavia, que não possui caráter absoluto. Possibilidade de excepcionar a regra quando houver necessidades diferenciadas entre os filhos ou capacidades de contribuições diferenciadas dos genitores. Dever de contribuir para a manutenção dos filhos que atinge ambos os cônjuges. Dissídio jurisprudencial. Cognição diferenciada entre paradigma e hipótese. Premissas fáticas distintas. [...] 2 – O propósito recursal consiste em definir se é ou não admissível a fixação de alimentos em valores ou em percentuais diferentes entre os filhos. 3 – Do princípio da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º, da Constituição da República, deduz-se que não deverá haver, em regra, diferença no valor ou no percentual dos alimentos destinados à prole, pois se presume que, em tese, os filhos – indistintamente – possuem as mesmas demandas vitais, tenham as mesmas condições dignas de sobrevivência e igual acesso às necessidades mais elementares da pessoa humana. 4 – A igualdade entre os filhos, todavia, não tem natureza absoluta e inflexível, devendo, de acordo com a concepção aristotélica de isonomia e justiça, tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, de modo que é admissível a fixação de alimentos em valor ou percentual distinto entre os filhos se demonstrada a existência de necessidades diferenciadas entre eles ou, ainda, de capacidades contributivas diferenciadas dos genitores. [...] 7 – Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (STJ – REsp 1624050 MG 2016/0082436-9, 3 T., Rel. Min. Nancy Andrighi, J, 19/06/2018).

296. Revisão de alimentos. [...] 3 – Revela-se desarrazoada a pretensão de que os alimentos não sejam pagos em meses de férias, pois várias despesas da alimentanda são regulares e mensais, como, por exemplo, as escolares, pouco importando que a menor se encontre em férias para que sejam pagas aos fornecedores dos serviços. [...] (TJDF – AC 20140110792413 – 0019368-87.2014.8.07.0016, 5ª T. Cív., Rel. Angelo Passareli, j. 21/06/2017).

As demandas revisionais devem adotar o procedimento da Lei de Alimentos (13).

A propositura da ação revisional pelo alimentante não pode incentivá-lo a deixar de pagar os alimentos ou proceder à redução do valor do modo que melhor lhe aprouver. Não há como conceder **efeito retroativo** à redução ou exclusão do dever de pagar alimentos. O resultado seria desastroso.

No entanto, fazendo equivocada leitura do § 2.º do art. 13 da Lei de Alimentos, fugindo totalmente à lógica do razoável, a **retroatividade** foi sumulada pelo STJ,[297] ao liberar o devedor da dívida a partir da data da **citação.**

Ao menos, há que se afastar esta nefasta orientação quando já em curso a **execução dos alimentos.** Nesta hipótese, não há como subtrair a exigibilidade do débito.[298] Sob pena de suspender-se o processo de execução.[299]

A propositura da ação revisional não enseja a **suspensão do processo de execução,** sob o fundamento de que o encargo alimentar pode ser reduzido ou excluído. Achatado o valor dos alimentos ou extinta a obrigação,

---

297. STJ – Súmula 621: os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade.

298. Exoneração de alimentos. Limite dos efeitos retroativos da decisão. Impossibilidade. Princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Negaram provimento. A sentença que julga procedente o pedido de exoneração da obrigação alimentar tem efeito retroativo limitado, nos termos da Súmula do STJ 621: Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade. Contudo, o presente caso apresenta peculiaridade. A decisão liminar que exonerou o recorrente veio após a intentação da ação e execução de alimentos pretéritos. Ou seja, o crédito alimentar em execução é anterior à intentação da ação exoneratória. Na espécie, os alimentos foram fixados em abril de 2014 e suspensos, em sede de tutela antecipada, somente em agosto de 2015, mais de um ano depois. Dessa forma, ainda que haja sentença de exoneração datada de junho de 2016, tem-se que os efeitos não retroagem em relação ao débito já consolidado e em execução. Apelação desprovida. (TJRS – AC 70078305430 RS, 8 C. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 28/02/2019).

299. *Habeas corpus*. [...] Cumprimento de sentença de alimentos provisórios. Redução dos alimentos. Efeitos. Data da citação. Retroatividade. Suspensão da execução provisória. Recurso conhecido e parcialmente provido. Impõe-se a reforma da decisão que determinou o prosseguimento dos atos de expropriação no cumprimento provisório de sentença, porquanto os efeitos da sentença que reduz ou majora a prestação alimentícia ou até mesmo exonera o alimentante do seu pagamento retroagem à data da citação, devendo-se respeitar apenas a irrepetibilidade dos valores adimplidos e a impossibilidade de compensação do excesso pago com prestações vincendas. (TJMS – AI 14109678520188120000 MS 1410967-85.2018.8.12.0000, 1ª C. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, j. 29/01/2019).

a sentença não pode alcançar as parcelas objeto de cobrança judicial. Ou isso ou seria enorme o incentivo ao inadimplemento. Como os alimentos – repita-se – são **irrepetíveis**, aquele que pagou o valor devido até a data da decisão não tem como reaver ou compensar as diferenças. Somente seria beneficiado quem não pagou, aquele que se quedou inadimplente à espera da sentença. Ninguém duvida que esta solução afronta o **princípio da igualdade**.

Desastrosamente o STJ não levou em conta que pune o alimentante que cumpre com o pagamento e beneficia o devedor inadimplente. Vetada a devolução das parcelas pagas, o que pagou não pode pleitear compensação, enquanto aquele que se quedou em mora se beneficia com o descumprimento do encargo. Assim, por qualquer ângulo que se atente ao tema, não é possível deixar ao bel-prazer do devedor o direito de suspender o pagamento dos alimentos para se beneficiar de própria omissão.

A **redução** ou **exoneração liminar** do encargo exige a maior cautela, sendo temerário o juiz limitar ou excluir alimentos antes que se estabeleça o contraditório. Assim, ainda que alterado o valor dos alimentos, a redução ou exclusão só pode ter eficácia após a **citação** do réu. De todo desarrazoado surpreender o credor de se ver, de uma hora para outra, totalmente desamparado, sem ter sido cientificado de que não poderá mais contar com os valores que vinha percebendo.

Quando um pretende majorar os alimentos e o outro quer reduzi-los ou exonerar-se do encargo, é desnecessária a propositura de duas ações, que, em face da conexão, restariam com tramitação conjunta. Como a ação revisional não dispõe de **natureza dúplice** é necessário opor **reconvenção.**

Tanto os alimentos definitivos como os provisórios podem ser alvo de revisão. Da verba estabelecida em sede **liminar** ou incidentalmente, o pedido de revisão é processado em apartado (LA 13 § 1.º).

Em se tratando de alimentos **definitivos**, nada impede que a pretensão revisional ou exoneratória seja formulada nos mesmos autos em que os alimentos foram fixados. Não cabe invocar o art. 494 do CPC. Ainda que o juiz não possa alterar a sentença após sua publicação, trata-se de **nova pretensão**, atendendo ao princípio da economia processual o uso do mesmo processo.

31.46. COISA JULGADA

A sentença proferida em ação de alimentos produz, sim, **coisa julgada material**. Equivocada a expressão legal, ao afirmar que a decisão sobre

alimentos não transita em julgado, porque pode ser revista a qualquer tempo, diante da alteração da situação financeira dos interessados (LA 15). A possibilidade **revisional** leva à falsa ideia de que a sentença que fixa alimentos não se sujeita à imutabilidade. A assertiva não é verdadeira. Estabelecida a obrigação alimentar, que envolve inclusive o estado familiar das partes, a sentença transitada em julgado, atinge a condição de coisa julgada material, não podendo novamente essa questão ser reexaminada.[300]

Uma vez que se trata de obrigação de trato sucessivo, dilatando-se por longo período temporal, cuida-se de **relação jurídica continuativa**, cuja sentença tem implícita a cláusula *rebus sic stantibus*. Portanto, a ação revisional é outra ação. Ainda que as partes e o objeto sejam os mesmos, é diferente a causa de pedir.[301] O que autoriza a revisão é a ocorrência de **fato novo** ensejador de desequilíbrio. Não havendo alteração de qualquer dos vértices do binômio possibilidade-necessidade, a pretensão revisional esbarra na coisa julgada.

Sobre a imutabilidade da coisa julgada paira o **princípio da proporcionalidade**, o que justifica a perene possibilidade de os alimentos serem revisados. Havendo modificação do *quantum* alimentar, a sentença revisional não deixa de considerar a decisão judicial anterior: apenas adapta os alimentos ao estado de fato superveniente.

31.47. PROPORCIONALIDADE E COISA JULGADA

Ainda que ocorra coisa julgada em sede de alimentos, prevalece o **princípio da proporcionalidade**. Estipulado o encargo, quer por acordo, quer por decisão judicial, possível é a revisão caso tenha sido desatendido o parâmetro possibilidade-necessidade quando estabelecidos os alimentos. Mesmo que não tenha ocorrido alteração, quer das possibilidades do alimentante, quer das necessidades do alimentado, admissível a adequação a qualquer tempo. Ora, se fixado o montante dos alimentos sem que, por exemplo, saiba o credor dos reais ganhos do devedor, ao tomar conhecimento de que o valor estabelecido desatendeu ao princípio da proporcionalidade, cabe buscar a redefinição, sem que a pretensão esbarre na coisa julgada.

A revisão dos alimentos é possível sempre que houver afronta ao **princípio da proporcionalidade**, quer por alteração nas condições de qualquer das partes, quer porque esse princípio foi desatendido por ocasião

300. Sérgio Gilberto Porto, Doutrina e prática dos alimentos, 108.

301. Adroaldo Furtado Fabrício, A coisa julgada nas ações de alimentos, 28.

da fixação dos alimentos. Desimporta que tenham sido fixados por acordo ou judicialmente. Flagrada a desproporção, possível a revisão. Não pode o alimentante beneficiar-se de sua própria torpeza, ao ter induzido em **erro** ou o credor, ou o juiz. Trata-se de afronta ao princípio da **boa-fé objetiva** e desatenção ao dever de **lealdade**. Deixando de informar corretamente seus ganhos, ensejou equívoco que urge ser corrigido. Não há falar em afronta à **coisa julgada**, pois esta não se cristaliza se, quando da fixação dos alimentos, for desrespeitado o princípio da proporcionalidade. Não cabe outra solução, sob pena de se perpetuarem situações absolutamente injustas. Não se pode olvidar que é do juiz o dever de fixar os alimentos atendendo à diretriz norteadora do encargo. Flagrado o desatendimento a tal princípio, imperioso restabelecer o cumprimento do comando legal.[302]

Assim, é cabível revisar os alimentos para **reequilibrar** a proporcionalidade, se não foi possível averiguar, de forma precisa, por ocasião da fixação, as reais possibilidades do alimentante ou as verdadeiras necessidades do alimentado. Essa **adequação** se impõe mesmo quando inexista alteração na situação de vida das partes.

31.48. PRESTAÇÃO DE CONTAS

O **exercício do direito de fiscalização** quanto à manutenção e educação dos filhos é de ambos os pais, independente da situação de conjugalidade do casal. Trata-se de dever inerente ao **poder familiar** (CC 1.634 I). Mesmo o genitor que não detém a guarda dos filhos tem o direito de fiscalizar sua manutenção e educação (CC 1.589).[303]

Tanto na **guarda unilateral** quanto na **guarda compartilhada** existe a possibilidade de o genitor supervisionar os interesses dos filhos e solicitar informações ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos (CC 1.583 § 5.º). Ainda que não se atine o que significa **prestação de contas subjetivas**, a possibilidade de buscá-la é expressa.

---

302. Alimentos. Revisão. Princípio da proporcionalidade. Coisa julgada. Fixados os alimentos desatendendo ao princípio da proporcionalidade, cabível sua revisão, ainda que não tenha ocorrido alteração no binômio possibilidade-necessidade. Não há falar em coisa julgada, quando ocorre desrespeito ao princípio norteador da fixação do encargo alimentar. Agravo desprovido por maioria, vencido o relator. (TJRS – AI 70011932688, 7ª C. Cív., Rel. p/ acórdão Des. Maria Berenice Dias, j. 27/07/2005).

303. Rodrigo da Cunha Pereira, Divórcio, 276.

Com base neste permissivo legal, surgindo a suspeita de quem paga alimentos, de que a verba não está sendo utilizada para atender às necessidades do filho, é frequente a propositura de ação de prestação de contas contra quem detém a guarda, buscando justificativas sobre o destino dos valores recebidos.

Quando o credor dos alimentos é menor de idade, os alimentos são alcançados a quem detém sua guarda e administra os valores recebidos.[304]

---

304. Recurso especial. Ação de prestação de contas. Pensão alimentícia. Art. 1.583, § 5º, do CC/02. [...] 3. O cerne da controvérsia gira em torno da viabilidade jurídica da ação de prestar (exigir) contas, ajuizada pelo alimentante contra a guardiã do menor/alimentado para obtenção de informações acerca da destinação da pensão paga mensalmente. 4. O ingresso no ordenamento jurídico da Lei nº 13.058/2014 incluiu a polêmica norma contida no § 5º do art. 1.583 do CC/02, versando sobre a legitimidade do genitor não guardião para exigir informações e/ou prestação de contas contra a guardiã unilateral, devendo a questão ser analisada, com especial ênfase, à luz dos princípios da proteção integral da criança e do adolescente, da isonomia e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, que são consagrados pela ordem constitucional vigente. 5. Na perspectiva do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente e do legítimo exercício da autoridade parental, em determinadas hipóteses, é juridicamente viável a ação de exigir contas, ajuizada por genitor(a) alimentante contra a/o guardiã(o) e representante legal de alimentado incapaz, na medida em que tal pretensão, no mínimo, indiretamente, está relacionada com a saúde física e também psicológica do menor, lembrando que a lei não traz palavras inúteis. 6. Como os alimentos prestados são imprescindíveis para a própria sobrevivência do alimentado, que no caso tem seríssimos problemas de saúde, eles devem ao menos assegurar uma existência digna a quem os recebe. Assim, a função supervisora, por quaisquer dos detentores do poder familiar, em relação ao modo pelo qual a verba alimentar fornecida é empregada, além de ser um dever imposto pelo legislador, é um mecanismo que dá concretude ao princípio do melhor interesse e da proteção integral da criança ou do adolescente. 7. O poder familiar que detêm os genitores em relação aos filhos menores, a teor do art. 1.632 do CC/02, não se desfaz com o término do vínculo matrimonial ou da união estável deles, permanecendo intacto o poder-dever do não-guardião de defender os interesses superiores do menor incapaz, ressaltando que a base que o legitima é o princípio já destacado. 8. Em determinadas situações, não se pode negar ao alimentante não guardião o direito de averiguar se os valores que paga a título de pensão alimentícia estão sendo realmente dirigidos ao beneficiário e voltados ao pagamento de suas despesas e ao atendimento dos seus interesses básicos fundamentais, sob pena de se impedir o exercício pleno do poder familiar. 9. Não há apenas interesse jurídico, mas também o dever legal, por força do § 5º do art. 1.538 do CC/02, do genitor alimentante de acompanhar os gastos com o filho alimentado que não se encontra sob a sua guarda, fiscalizando o atendimento integral de suas necessidades materiais e imateriais essenciais ao seu desenvolvimento físico e também psicológico, aferindo o real destino do emprego da verba alimentar que paga mensalmente, pois ela é voltada para esse fim. 9.1. O que justifica o legítimo interesse processual em ação dessa natureza é só e exclusivamente a finalidade protetiva da criança ou do

LEITURA COMPLEMENTAR

ASSIS, Araken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.

BASTOS, Eliene Ferreira. O comportamento indigno como causa de exclusão do dever alimentar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 313-326.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Alimentos no Código Civil*: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios*: uma obrigação por tempo certo. Curitiba: Juruá, 2003.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

CAMARGO, Joeci Machado; BÜRGUER, Marcelo L. F. de Macedo. Velhos institutos, novas ferramentas: a utilização do monitoramento eletrônico nas execuções de alimentos como medida coercitiva diversa da prisão civil. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. Curitiba: OAB-PR, v. 1, n. 2, p. 87-118, dez. 2016.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *A indignidade no direito aos alimentos*. São Paulo: Editora IASP, 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos*: direito, ação, eficácia e execução. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

FIGUEIREDO, Luciano L. Alimentos compensatórios: compensação econômica e equilíbrio patrimonial. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família*: Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 553-570.

MADALENO, Rolf. A intributalidade da pensão alimentícia. *Revista IBDFAM:* Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez., p. 11-34.

______. Alimentos compensatórios. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 589-608.

RANGEL, Rafael Calmon. Notas sobre os artigos 528 a 532 do CPC. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, v. 18. nov./dez., p. 33-42.

TARTUCE, Flávio. Alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 517-586.

---

adolescente beneficiário dos alimentos, diante da sua possível malversação, e não o eventual acertamento de contas, perseguições ou picuinhas com a/o guardiã(o), devendo ela ser dosada, ficando vedada a possibilidade de apuração de créditos ou preparação de revisional pois os alimentos são irrepetíveis. 10. Recurso especial parcialmente provido. (STJ – REsp 1814639/RS (2018/0136893-1), 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 26/05/2020).

32

TUTELA

Sumário: 32.1. Tentativa conceitual – **32.2.** Doutrina da proteção integral – **32.3.** Estatuto da Criança e do Adolescente – **32.4.** Compartilhada – **32.5.** Espécies: **32.5.1.** Documental; **32.5.2.** Testamentária; **32.5.3.** Legítima; **32.5.4.** Dativa – **32.6.** Protutor – **32.7.** Impedimentos – **32.8.** Direito de recusa – **32.9.** Manifestação do tutelado – **32.10.** Encargos – **32.11.** Ação de nomeação do tutor – **32.12.** Exercício – **32.13.** Prestação de contas – **32.14.** Cessação – **32.15.** Destituição – Leitura complementar.

Referências legais: CC 932 II, 1.523 IV, 1.720 parágrafo único, 1.728 a 1.766, 1.775-A, 2.040; Lei 8.069/1990 (ECA) 28, 36 a 38, 40, 44, 164, 201 III e IV, 249; CPC CPC 215 II, 759 a 763; CP 92 II, 248 e 249; Lei 8.213/1991 (Lei dos Benefícios da Previdência Social) 16 §§ 2.º e 4.º; Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) 89 a 91; Lei 13.334/2017 (Lei da Migração), 55, II, letra *a*).

32.1. TENTATIVA CONCEITUAL

Durante a menoridade, o ser humano precisa de quem o cuide, defenda e administre seus bens. Os protetores naturais são pai e mãe. Crianças e adolescentes não dispõem da **plena capacidade civil**. Até os 16 anos são absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil (CC 3.º). Dos 16 aos 18 anos incompletos, a limitação da capacidade é relativa à prática de determinados atos (CC 4.º I). Em face da ausência de plena capacidade, é necessário que alguém supra tal carência. Os **absolutamente incapazes** necessitam ser **representados** e os **relativamente incapazes** precisam ser **assistidos** (CPC 71). O Estado confere aos pais esse encargo, outorgando-lhes o que se chama de **poder familiar** (CC 1.630). Trata-se de ônus que compete a ambos,

ainda que eles não mantenham vida em comum. Na ausência de um, o poder familiar é exercido pelo outro, com exclusividade (CC 1.631).

Deixando a criança ou o adolescente de estar sob o poder familiar dos genitores, é preciso que outrem se responsabilize por ele. Na ausência dos dois pais, a representação é atribuída a um **tutor**, que ocupa o lugar jurídico deixado pelo vazio da autoridade parental.[1] Tal ocorre no caso de morte dos pais, terem eles sido declarados ausentes, ou, ainda, quando tenham "decaído", por perda ou suspensão do poder familiar.[2] Assim, o tutor é investido dos poderes necessários para a proteção que os genitores não podem dispensar aos filhos.

Essa obsoleta figura está mais do que na hora de ser banida do sistema jurídico. Nada, absolutamente nada justifica manter esse arcaico instituto, impregnado de forte dose de inconstitucionalidade por afrontar a **doutrina da proteção integral** que a Constituição consagra e o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta.

Como refere Silvio Rodrigues, a preocupação da lei é principalmente com o órfão rico, pois o instituto trata, primeiramente, da preservação de seus bens.[3]

Em vez de excluir a tutela do sistema jurídico, o ECA procura despatrimonializá-la. Considera uma modalidade de colocação em **família substituta** (ECA 28). Submete a indicação feita pelos pais ao controle judicial (ECA 37). Só é nomeado tutor se não existir alguém em condições de assumir a **guarda**. E preciso ser reconhecida como vantajosa (ECA 37 parágrafo único).

A tutela é um **múnus público** que tem estrutura de caráter jurídico-familiar,[4] por isso a preferência na nomeação de **parentes** para zelar pelo menor de idade e administrar seus bens. Até se poderia dizer que a tutela é um sucedâneo do poder familiar.[5] Tem gênese idêntica à da autoridade parental, não atentando o tutor apenas à preservação de ordem patrimonial. Tem responsabilidade pela **educação** e aperfeiçoamento do tutelado. Por isso é encargo só pode ser exercido por **pessoa física**. Mas o **protutor** pode ser pessoa jurídica (CC 1.743).

1. Luiz Edson Fachin, Elementos críticos..., 250.
2. Antônio Carlos Mathias Coltro, Da tutela e da curatela, 341.
3. Silvio Rodrigues, Direito civil: Direito de Família, 397.
4. Orlando Gomes, Direito de Família, 402.
5. Arnoldo Wald, Direito de Família, 177.

O tutor é titular de um **poder-dever** sobre a pessoa e os bens do pupilo. Trata-se de um poder mais limitado do que o poder familiar. O legislador parte da premissa de que pais têm um compromisso maior para com os filhos em decorrência do próprio vínculo de filiação. Tanto é assim que os pais são **usufrutuários** dos bens dos filhos (CC 1.689 I), condição de que o tutor não desfruta. Daí a constante fiscalização das atividades do tutor. Regula a lei, de forma minuciosa, seus encargos, deveres e obrigações, gerando **responsabilidade civil e penal** a quem não cumpre com exatidão o encargo que lhe é deferido.

Reveste-se de extrema fragilidade o vínculo que se estabelece entre tutor e tutelado, sendo deferida a **guarda** de uma criança ou adolescente a pessoa que, se não foi escolhida pelos genitores, é algum parente dentro da ordem de preferência indicada pela lei (CC 1.775). Não se preocupa o legislador com a necessidade de identificar quem tem melhores condições para exercer tal ônus, encargo que fica a encargo do julgador. Assim, na nomeação do tutor, é imperioso atender ao melhor interesse do tutelado, devendo a tutoria ser atribuída, preferentemente, quando existe um vínculo de convivência e **afetividade** entre ambos.

A nada disso atentou o Código Civil, limitando-se, praticamente, a copiar a legislação anterior, não se adequando sequer à nova terminologia. Insiste em falar em **menor** absoluta ou relativamente incapaz, quando o ECA utiliza a expressão **criança**, ao se referir à pessoa de até 12 anos incompletos, e **adolescente**, até que complete 18 anos (ECA 2.º).

Os encargos do tutor são, praticamente, apenas de ordem patrimonial, ou seja, não há comprometimento maior com o caráter protetivo ditado pela Constituição e pelo ECA. Parece que a única preocupação com os aspectos psicológicos é a determinação de dar aos irmãos órfãos um só tutor (CC 1.733). Pelo menos isso: como eles já não têm pai nem mãe, que permaneçam juntos! Busca o dispositivo manter a união familiar.[6] Porém, a unicidade da tutela não pode ser absoluta, podendo o juiz nomear tutores diferentes para os irmãos, tendo em vista o melhor interesse deles.[7]

O tutor não deve – ou não deveria – ser mero **administrador de bens**. São rarefeitos os ônus atribuídos ao tutor de caráter assistencial ou protetivo. Comprovada a dependência econômica, o tutelado tem direito a **pensão previdenciária** do tutor se dele era dependente.[8]

---

6. Antonio Carlos Mathias Coltro, Da tutela e da curatela, 303.
7. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 334.
8. Pensão por morte a menor tutelado. Ação proposta por menor tutelado e incapaz, representado pela mãe, visando à obtenção de benefício previdenciário em

32.2. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O instituto da tutela, de forma injustificada, olvidou-se da doutrina da proteção integral (CR 227). A atenção constitucional às pessoas até os 18 anos de idade ensejou sensível mudança de paradigma, tornando-se o grande marco para o reconhecimento dos direitos humanos de crianças, adolescentes e jovens. O ECA é todo voltado ao melhor interesse de quem passou a ser reconhecido como **sujeito de direito**. Atenta mais às suas necessidades pessoais, sociais e familiares, de forma a assegurar seu pleno desenvolvimento. Guarda, tutela e adoção são as formas de colocação de crianças e adolescentes em família substituta, sempre com o intuito de proteger integralmente, de garantir a criação, de assegurar boa educação, desenvolvimento e assistência material e moral àquelas pessoas.[9]

Quando o pupilo atinge a maioridade, cessa a tutela. Apresentada a **prestação de contas** de sua gestão, nenhum liame subsiste entre ambos. Parece que ninguém atenta que a convivência entre ambos, tende a gerar um vínculo de tal intensidade que, muitas vezes, pode o tutelado ter o tutor como seu pai, isto é, adquire a **posse do estado de filho**. Não há qualquer preocupação com o significado da **filiação socioafetiva**, havendo somente a possibilidade de o tutor adotar o pupilo (ECA 44).

32.3. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O ECA remete a instituição da tutela à lei civil. Estão sujeitos à tutela os menores de 18 anos (ECA 36). Quando se confrontam institutos disciplinados na lei civil e no ECA, sempre surge a questão da **competência**. Estando a criança, ou o adolescente ainda que órfão, vivendo no âmbito de uma família, a competência será do juízo das é das **varas de família**. Quando se tratar de nomeação de tutor para quem está em situação de **risco** (ECA 98), a competência é da justiça da **infância e da juventude**. Além da tutoria, abre o ECA possibilidades protetivas a crianças e adolescentes afastados do poder familiar: colocação em **família substituta** (ECA 28).

---

razão do falecimento do companheiro de sua tutora legal, também falecida. Vínculo familiar existente entre o autor e o instituidor do benefício. Em que pese a inexistência de previsão legal específica não contemplando a hipótese sub judice, o ordenamento jurídico é uno e deve ser interpretado de forma sistêmica. Precedentes deste C. Tribunal. Sentença confirmada. Recurso desprovido. (TJSP – AC 1015002-73.2018.8.26.0224, 9ª C. Dir. Públ. Rel. Carlos Eduardo Pachi, j. 13/07/2020).

9. Zeno Veloso, Código Civil comentado:..., 160.

A **suspensão** ou **perda do poder familiar** autoriza a nomeação de tutor. No caso de suspensão, talvez essa possa ser a solução. Mas, em se tratando de destituição do poder familiar, é preferível o encaminhamento à **adoção**, instituto que melhor atende ao direito à convivência familiar. Estando a criança sob o poder familiar, não cabe a tutela, podendo, no entanto, ser deferida a **guarda**, instituto de nítido caráter protetivo. Ainda que haja a possibilidade de o tutor adotar o seu pupilo, indispensável prévia prestação de contas (ECA 44), pois a adoção não pode ser utilizada como subterfúgio para o tutor se livrar de tal encargo.

Dispõe o **Ministério Público** de legitimidade para propor a ação de nomeação de tutor, bem como para pleitear a prestação de contas (ECA 201 III e IV).

32.4. COMPARTILHADA

Como o Código Civil diz que, sendo nomeado mais de um tutor, sem indicação de preferência, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro (CC 1.733 § 1.º), parece não ser possível a nomeação de **duas pessoas** como tutores. No entanto, não há qualquer óbice a que duas pessoas sejam nomeadas para o desempenho do encargo. A concepção do ECA faz com que o critério tradicional seja revisto,[10] até porque, em muitos casos, melhor atende aos interesses do tutelado passar a conviver com um casal. Sejam eles casados, ou vivam em união estável hétero ou homoafetiva. Não admitir tal possibilidade, além de afrontar toda uma nova concepção calcada no princípio do melhor interesse, escancara o fato de a preocupação da tutela ser exclusivamente com os bens do tutelado, e não com a sua pessoa.

Essa possibilidade foi acolhida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao conferir legitimidade ao juiz para estabelecer a **curatela** a mais de uma pessoa (CC 1.775-A). Assim, não se justifica que o exercício da tutela não possa ser compartilhado.

32.5. ESPÉCIES

A tutoria é um **negócio jurídico unilateral** e deve obedecer a forma especial, sob pena de nulidade (CC 107 e 166 IV).[11] A depender do modo de sua instituição, a tutela pode ser:

---

10. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 429.
11. Zeno Veloso, Código Civil comentado..., 162.

32.5.1. Documental

O direito de nomear o tutor compete aos **pais**, em conjunto, bastando que estejam aptos a fazê-lo (CC 1.729). É nula a nomeação feita pelo genitor que, ao tempo de sua morte, não esteja no exercício do **poder familiar** (CC 1.730). No entanto, não cabe subtrair eficácia à nomeação se a designação foi feita antes da perda da autoridade parental.

A tutela deve ser instituída através de documento autêntico, firmado por um ou ambos os pais, em conjunto ou separadamente. Assim, pode ser levada a efeito por **escritura pública, escrito particular** ou até mesmo por **carta**. Vale qualquer escrito que deixe clara, sem dar margem a dúvidas, tanto a nomeação como a identidade do signatário. Descabe exigir maior rigorismo ao documento, pois o juiz pode sempre deixar de atender à nomeação, em prol ao melhor interesse dos infantes.[12]

32.5.2. Testamentária

Os pais podem instituir a tutela também por meio de testamento. Como é vedado **testamento conjuntivo** (CC 1.863), cada um deve indicar o tutor em testamentos distintos. Não há qualquer vedação a que a nomeação seja feita por meio de **codicilo** (CC 1.881). Afinal, nada mais é do que um escrito particular. Por esse mesmo fundamento, há que se reconhecer a validade da nomeação feita em testamento que, posteriormente, seja considerado **nulo ou anulável**, se não maculada a vontade quanto à nomeação.[13] Ou seja, basta não haver dúvida sobre a vontade do testador.

Só será concedida a tutela à pessoa indicada se comprovado que a medida é vantajosa ao tutelando e que não existe outra pessoa em condições melhores de assumi-la (ECA 37 parágrafo único).

Em vez de nomearem um tutor, podem os pais expressamente **excluir** alguma pessoa para o exercício da tutela, o que a torna incapaz para o encargo (CC 1.735 III). Ainda que a indicação do tutor possa ser feita pelos pais, seu exercício depende da chancela judicial (CPC 749).

Se o pai nomeia tutor, mas a mãe sobrevive, passa ela a exercer o poder familiar, a nomeação não tem efeito, e vice-versa.[14] O tutor indicado assume o encargo quando o genitor sobrevivente morre ou perde o poder

12. Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 437.
13. Antônio Carlos Mathias Coltro, Da tutela e da curatela, 350.
14. Zeno Veloso, Código Civil comentado..., 166.

familiar. Nomeando a mãe um tutor e o pai outro, não ocorreu nomeação em conjunto. Como os genitores não se puseram em acordo, diante do impasse, a decisão compete ao juiz, observando, sempre, o que for mais conveniente ao tutelado.[15]

Cabe ao tutor, no prazo de 30 dias após a abertura da sucessão, ingressar com pedido de controle judicial do ato (ECA 37).

32.5.3. Legítima

Não feita a nomeação pelos pais, são convocados os **parentes consanguíneos**. Daí, tutela legítima. Ainda que estabeleça a lei uma ordem de chamamento, pelo grau de proximidade do parentesco (CC 1.731), em benefício do tutelado, dispõe o juiz da possibilidade de escolher quem entender mais apto a exercer o encargo. Na nomeação do tutor, imperioso atender ao melhor interesse do órfão, devendo a tutela ser atribuída a quem tem com ele alguma afinidade, ainda que afastado o rol legal.

32.5.4. Dativa

Na falta ou exclusão do tutor legítimo ou testamentário, bem como na ausência de parentes em condições de exercer a tutela, cabe ao juiz conferi-la a uma **pessoa estranha**. É a chamada tutela dativa. Embora se trate de tutela subsidiária, há que se ter como possível a sua utilização, inclusive quando exista tutor legítimo.[16] A nomeação deve recair em **pessoa idônea** que resida no domicílio do menor (CC 1.732). Em se tratando de crianças e adolescentes cujos pais são desconhecidos, falecidos, ou foram suspensos ou destituídos do poder familiar, a solução é serem incluídos em programa de **colocação familiar** (CC 1.734).

32.6. PROTUTOR

Para fiscalizar os atos do tutor, há a possibilidade de nomeação de um **protutor**: pessoa física ou jurídica a quem é delegado o exercício parcial da tutela (CC 1.742), quando os bens a ser administrados exigirem conhecimento técnico, forem complexos ou estiverem localizados em lugar distante do domicílio do tutor (CC 1.743).

---

15. Idem, 163.
16. Antonio Carlos Mathias Coltro, Da tutela e da curatela, 303.

Incube ao protutor auxiliar o juiz, fiscalizar a atuação do tutor e informar ao magistrado sobre qualquer descuido ou malversação dos bens. Como lembra Sérgio Gischkow Pereira, tornou-se delegável a tutela ao protutor, que percebe **gratificação** módica pela fiscalização efetuada (CC 1.752 § 1.º).[17]

Quem instituir um menor herdeiro ou legatário pode nomear um **curador especial** para administrar a herança, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar ou tutela (CC 1.733 § 2.º). Trata-se de uma espécie de protutor (CC 1.742), nomeado pelo doador e não pelo juiz.

32.7. IMPEDIMENTOS

Cerca-se o legislador de cuidados redobrados para escolher a pessoa que vai exercer a função de tutor, pois implica não só na entrega de patrimônio, mas, principalmente, na concessão da guarda de quem não tem alguém para zelar por ele. Há pessoas incapazes ou não legitimadas para exercer esse encargo.

Elenca a lei quem **não pode ser tutor** e, caso esteja exercendo a tutela, deverá ser exonerado (CC 1.735):

I – quem não estiver na **livre administração** de seus bens. Fica claro que o incapaz de administrar os próprios bens não pode administrar bens alheios;

II – quem tenha alguma obrigação para com o menor, ou algum direito contra ele. Como o tutor passa a ser seu representante e administrador de seus bens, haveria **conflito de interesses**. Ainda assim, de forma contraditória, impõe a lei que o tutor, antes de assumir a tutela, declare o que o menor lhe deve (CC 1.751). Pelo jeito, a existência de crédito junto ao tutelado somente **suspende** sua exigibilidade durante o exercício da tutoria. Também se os pais, filhos ou cônjuges do tutor tiverem demanda contra o órfão, não pode haver a nomeação;

III – os **inimigos** do tutelado, de seus pais ou quem eles expressamente excluíram da tutela;

IV – os condenados por crime contra o patrimônio, a família ou a liberdade sexual (CP 213 a 216-A), independentemente de terem ou não cumprido pena;[18]

---

17. Sérgio Gischkow Pereira, Direito de Família:..., 213.

18. JCJF – Enunciado 636: O impedimento para o exercício da tutela do inc. IV do art. 1.735 do Código Civil pode ser mitigado para atender ao princípio do melhor interesse da criança.

V – as pessoas de **mau procedimento** ou culpadas de abuso em tutorias anteriores;

VI – aqueles que exercerem função pública **incompatível** com a boa administração da tutela.

32.8. DIREITO DE RECUSA

A tutela é um encargo **imposto por lei**, tanto que, a não ser nas hipóteses elencadas, a nomeação não pode ser **recusada** (CC 1.736). Para declinar da indicação, é necessário haver um motivo a ser apresentado dentro de limitado prazo.

Há discrepância na lei. O Código Civil confere o prazo de **10 dias** (CC 1.738) e o estatuto processual, de **cinco dias** (CPC 760) para a recusa. Como o CPC é mais recente, é o prazo que prevalece. De qualquer modo, formulando o tutor o pedido de dispensa, dificilmente o juiz irá rejeitar seu afastamento por intempestividade. A tutela tem um componente de pessoalidade, e manter no encargo quem não o quer exercer só pode vir em prejuízo do tutelado.

Não admitida a escusa, exerce o tutor o *múnus* até o julgamento do recurso, respondendo por eventuais perdas e danos (CC 1.739).

Os **parentes** não podem escusar-se do encargo, a não ser que haja algum outro em condições de exercer a tutela. Mas quem não for parente, em princípio, só pode escapar da indicação por um dos motivos nominados.

Embora diga a lei que a tutela é **obrigatória**, de suma inconveniência atribuir o encargo a alguém contra a sua vontade.[19] Também não se pode reconhecer a relação das justificativas como *numerus clausus*. Fica a critério do juiz aceitar motivos outros que lhe pareçam plausíveis.

O elenco revela certa preocupação em preservar a convivência dos tutores com seus pupilos, tanto que preconiza que sejam pessoas sadias, jovens, não tenham muitos filhos e se mantenham por perto. Agora, a referência aos militares não se justifica: se a intenção é encontrar um tutor que consiga ter mais espaço de convívio com o tutelado, ao menos que fosse autorizada a recusa a quem, em função de emprego ou de profissão, tenha pouca disponibilidade de tempo.

Silenciando o tutor, reputa-se que renunciou ao direito de declinar do encargo (CPC 760 § 1º).

O período da tutela é de, no mínimo, **dois anos** (CC 1.765).

19. Sílvio Venosa, Direito civil: Direito de Família, 433.

32.9. MANIFESTAÇÃO DO TUTELADO

No procedimento de nomeação do tutor, o CPC não prevê a necessidade de colher a manifestação de vontade do tutelado. Só depois da nomeação é recomendado que seja ouvido o pupilo **adolescente** (CC 1.740 III). Porém, de modo expresso, o ECA, ao regulamentar a colocação em família substituta, se refere à tutela e determina que, sempre que possível, o órfão seja ouvido por equipe interprofissional, e devidamente considerada sua opinião (ECA 28 § 1.º). E, se tiver mais de 12 anos seu consentimento é colhido em audiência (ECA 28 § 2.º).

Mesmo na hipótese de ter havido a nomeação do tutor pelos genitores, ainda assim é aconselhável a ouvida de quem, afinal, já não tem pais, mas lhe é garantido, constitucionalmente, um grande número de direitos.

Crianças e adolescentes têm assegurado direito à liberdade, tanto que dispõem do direito de opinião e expressão (ECA 16 II), bem como de participar da vida familiar e comunitária (ECA 16 V). Ao depois, o adotando tem o direito de ser ouvido (ECA 45 § 2.º), não se justificando dar tratamento diferenciado à tutela, que também estabelece um vínculo de convívio.

32.10. ENCARGOS

O tutor deve **representar** o seu pupilo até ele atingir os 16 anos e lhe prestar **assistência** dos 16 até os 18 anos (CC 1.747 I), competindo-lhe, também, dar autorização para o **casamento**. De forma para lá de absurda o tutor pode casar com o tutelado. Exige-se tão só que tenha cessado a tutela e que estejam saldadas as respectivas contas (CC 1.523 IV).

Ocorrendo o casamento sem a prestação das contas, o regime será obrigatoriamente o da **separação de bens** (CC 1.641 I). No entanto, é possível solicitar ao juiz que seja afastada tal imposição, se comprovada a ausência de prejuízo ao tutelado (CC 1.523 parágrafo único).

Cabe tanto ao tutor quanto à **pessoa do tutelado** (CC 1.740):

I – dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condições;

II – reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção. A redação de tal dispositivo evidencia por si só sua absoluta inadequação. Pelo jeito, é delegada ao juiz a função de pai. Talvez este seja o traço diferenciador entre poder familiar e tutela: o poder familiar não pode ser delegado, mas o tutor pode socorrer-se do juiz;

III – cumprir com os deveres que cabem aos pais, ouvindo o pupilo, a partir do momento em que ele completar 12 anos.

Cabe ao tutor a administração do **bem de família**, caso não existam filhos maiores para assumir o encargo (CC 1.720 parágrafo único).

32.11. AÇÃO DE NOMEAÇÃO DO TUTOR

A nomeação do tutor é regulada no estatuto processual (CPC 759), mas tanto o Código Civil quanto o ECA trazem várias regras de caráter procedimental.

Trata-se de procedimento de **jurisdição voluntária**, que tramita durante as **férias forenses** (CPC 215 II).

Dispõe de **legitimidade** para a ação o **Ministério Público** (ECA 201 III), quando a criança e o adolescente se encontram em situação de risco (ECA 98). Quem se candidata ao exercício da tutoria pode buscar sua nomeação. Nada impede, porém, que qualquer outra pessoa proponha a ação. Neste caso, aquele que tem preferência para o exercício do encargo precisa ser citado.

Obviamente, ninguém pode ser nomeado tutor, não sendo **pessoa idônea** (CC 1.732).[20] Mas, ainda assim, se considerável for o patrimônio do tutelado e o juiz não reconhecer a idoneidade do tutor, pode condicionar o exercício da tutela à prestação de **caução** (CC 1.745 parágrafo único), que pode ser real ou fidejussória. Trata-se de um ônus facultativo que pode ser imposto ou não.

Pode o tutor **eximir-se do encargo** nas hipóteses legais (CC 1.736). Para declinar da nomeação, o Código Civil concedia 10 dias (CC 1.738). O CPC reduziu o **prazo** para cinco dias a contar da indicação e igual prazo quando sobrevier motivo de escusa (CPC 760).

Nomeado, o tutor é intimado a prestar **compromisso** (ECA 32). Necessária a ouvida do tutelado, sempre que possível (ECA 28 § 1.º). Antes de assumir o encargo, deve o tutor declarar tudo o que o menor lhe deve, sob pena de não poder mais cobrar tais créditos (CC 1.751).

Nem o Código Civil, nem o de Processo Civil determinam que o tutor **especifique bens** em **hipoteca legal**. Assim, não persiste a atribuição conferida pelo ECA (201 IV) ao Ministério Público para promover, de ofício, a especificação e a inscrição de hipoteca dos curadores.

20. Zeno Veloso, Código Civil comentado..., 184.

32.12. EXERCÍCIO

Recebendo os **bens** do tutelado, o tutor passa a administrá-los. Como não assume o poder familiar, não adquire a condição de **usufrutuário** (CC 1.689 I).

Deve agir com zelo e boa-fé, no interesse do pupilo e sob a inspeção do juiz (CC 1.741). Sendo o patrimônio de valor considerável, pode o juiz determinar que o tutor preste uma **caução**, podendo ser dispensado se for pessoa de reconhecida **idoneidade** (CC 1.745 parágrafo único).

É de tal importância a intervenção do **juiz**, que a lei gera sua **responsabilidade direta e pessoal** se não houver nomeado o tutor (CC 1.744 I). Também tem ele **responsabilidade subsidiária**, se não exigiu caução do tutor ou por ter deixado de removê-lo, a partir do momento em que se tornou suspeito (CC 1.744 II).

Algumas atribuições podem ser exercidas pelo tutor **independentemente de autorização judicial** (CC 1.747).

No entanto, é necessária a **autorização do juiz** para (CC 1.748):

I – pagar dívidas;

II – aceitar heranças, legados e doações;

III – transigir;

IV – vender bens móveis ou imóveis; e

V – representar o tutelado em juízo.[21]

A **venda de imóvel** pertencente ao tutelado depende de **alvará judicial**, que só é expedido se comprovada manifesta vantagem e após a avaliação do bem (CC 1.750). Não há exigência que a venda seja feita em **hasta pública**.

A lei nega ao tutor legitimidade para praticar atos que colidam com os interesses do pupilo (CC 1.749). Praticados sem prévia autorização, ou sem posterior ratificação do juiz, são **ineficazes** (CC 1.748 parágrafo único). Responde o tutor **civil e penalmente** pelos prejuízos que, por culpa ou dolo, causar ao tutelado (CC 1.752).

Dispondo o tutelado de bens, servirão eles para garantir-lhe **sustento e educação**, cabendo ao juiz fixar a quantia que entender necessária, considerando os rendimentos de sua fortuna (CC 1.746).

---

21. CFJ – Enunciado 637: Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade.

O tutor faz jus a **remuneração** proporcional à importância dos bens que administra (CC 1.752).

Segundo a Lei de Migração, o tutor **estrangeiro**, de um brasileiro, não será **expulso** do país (Lei 13.445/2017, 55, II, letra *a*).

32.13. PRESTAÇÃO DE CONTAS

Como o tutor administra bens alheios, tem um duplo dever:

- a **cada ano**, submeter à apreciação do juiz um **balanço** (CC 1.756), que pode ser apresentado nos [illegible] **autos** em que foi instituída a tutela. Evita-se que anualmente precise instaurar novo procedimento. Assim, ainda que a ação de tutela esteja extinta, os autos devem permanecer em cartório.

- a **cada dois anos**, quando deixar o encargo ou o juiz achar conveniente, o tutor tem obrigação de **prestar contas** de sua administração (CC 1.757). Mesmo que os pais, quando da indicação do tutor, o tenham dispensado do encargo (CC 1.755). A obrigação é imposta pela lei e a omissão é causa para sua destituição.

Ainda que não se trate da ação de exigir contas (CPC 550 a 553), as contas devem ser apresentadas em **forma contábil**, em procedimento próprio e não nos autos da ação de tutela.

Possui o **Ministério Público** de legitimidade para propor a ação de prestação de contas (ECA 201 IV).

Também o **tutelado** tem legitimidade para exigir contas do tutor.[22]

Finda a tutela pela emancipação ou maioridade, não produz efeito eventual **quitação** dada pelo tutelado. Tem o tutor o direito a ser reembolsado por despesas feitas e que foram proveitosas ao pupilo (CC 1.760). As despesas com a prestação de contas são pagas pelo tutelado (CC 1.761).

---

22. Ação de exigir contas. Ação proposta pelo tutelado em face do tutor, em razão do levantamento de valores do INSS. Sentença de indeferimento da inicial, sob o fundamento de que eventuais irregularidades na conduta do tutor devem ser analisadas pelo juízo que concedeu a tutela. Inadmissibilidade. Direito do tutelado de exigir contas do tutor. Previsão legal de prestação regular de contas pelo tutor que não obsta o tutelado de exigir contas em processo autônomo, com amplo contraditório. Extinção afastada. Competência funcional do Juízo em que houve a nomeação do tutor. Inteligência do art. 553, *caput*, do CPC. Incompetência absoluta que deve ser conhecida de ofício – Recurso provido, com determinação. (TJSP – AC 10118108020168260361 SP 1011810-80.2016.8.26.0361, 2ª C. Dir. Priv., Rel. Marcus Vinicius Rios Gonçalves, j. 05/02/2019).

32.14. CESSAÇÃO

A tutela é instituto de caráter assistencial e protetivo que **se extingue** com a maioridade ou a emancipação do pupilo. Como o **casamento** provoca a emancipação (CC 5.º parágrafo único II), vindo o tutelado a casar, termina com a tutela.

Também cessa no caso de **adoção** ou reconhecimento de **filiação** (CC 1.763). Igualmente, é **dispensado** de sua função (CC 1.764):

I – se expirado o prazo mínimo de dois anos, que é obrigado a servir (CC 1.765);

II – se sobrevier escusa legítima (CC 1.736);

III – ao ser removido, por negligente, prevaricador ou ter se tornado incapaz (CC 1.766).

O prazo mínimo de exercício da tutela é de **dois anos**, que pode ser prorrogado (CC 1.765 parágrafo único).

Terminado o prazo e não solicitada a exoneração, o tutor é automaticamente **reconduzido** (CPC 763 § 1.º).

Eventuais **dívidas** do tutor para com o tutelado devem ser atualizadas. Injustificadamente os **juros** são devidos desde o julgamento definitivo das contas (CC 1.762). Ora, se existe mora, nada justifica livrar o tutor dos encargos moratórios.

32.15. DESTITUIÇÃO

Desatendendo o tutor do dever de sustento, guarda e educação do pupilo, pode ele ser destituído do encargo (ECA 38).

O procedimento de **remoção** está previsto na lei processual civil (CPC 761 e 762), com aplicação supletiva do procedimento de perda e suspensão do poder familiar (ECA 164).

O **Ministério Público**, ou quem tenha legítimo interesse, pode pleitear a **remoção** ou a dispensa do tutor (CPC 761 e ECA 101 § 9.º). Em caso de extrema gravidade, possível é a **suspensão liminar** do encargo (CPC 762). Fica o tutor responsável pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar ao tutelado.

O tutor que descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes à tutela, causando prejuízos ao tutelado, além de responder pelos danos, comete **infração administrativa**, sujeitando-se à pena de **multa** (ECA 249).

Para a remoção do tutor, não é necessário **prova** da sua ineficiência. Basta mera **suspeita** para o juiz afastá-lo, sob pena de, pessoalmente, responder por eventuais desmandos do tutor (CC 1.744 II).

Sujeita-se à destituição o tutor que cometer **crime doloso** contra o pupilo, punido com pena de **reclusão**. Trata-se de efeito anexo da condenação (CP 92 II).

Todos os delitos praticados contra pessoas com deficiência pelo seu tutor ensejam a majoração de **um terço da pena** (Estatuto da Pessoa com Deficiência 89 a 91).

LEITURA COMPLEMENTAR

AGUIRRE, João. Tutela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 709-742.

VELOSO, Zeno. Direito de Família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 17.

33

CURATELA

Sumário: 33.1. Tentativa conceitual – **33.2.** Pessoas com deficiência – **33.3.** Pródigo – **33.4.** Casamento – **33.5.** Espécies: **33.5.1.** Autocuratela; **33.5.2** Curatela provisória; **33.5.3.** Curatela compartilhada; **33.5.4.** Tomada de decisão apoiada – **33.6.** Enfermo e pessoa com deficiência – **33.7.** Nascituro – **33.8.** Legitimidade para requerer e para exercer a curatela: **33.8.1.** Cônjuge ou companheiro; **33.8.2.** Parentes ou tutores; **33.8.3.** Representante de entidade de abrigamento; **33.8.4.** Ministério Público – **33.9.** Exercício – **33.10.** Prestação de contas – **33.11.** Ação de curatela: **33.11.1.** Eficácia da sentença – **33.12.** Levantamento da curatela – Leitura complementar.

Referências legais: Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – Convenção de Nova Iorque (Dec. 6.949/2009); CR 23 II, 30 II, 227 §§ 1.º II e 2.º, e 244; CC 3.º, 4.º III, 228, 932 II, 1.518, 1.523 IV, 1.548, 1.550 § 2.º, 1.557, 1.590, 1.767, 2.040, 1.775-A e 1.777; CPC 215 II, 747 a 763; CP 92 II, 248 e 249; Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) 44, 201 III e IV; Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos – LRP) 29 V, 92 e 93; Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência); Lei 9.265/ 1996; Lei 12.764 2012; Lei 13.977/2020; Decreto 9.404/2018; Decreto 9.451/2018; Decreto 9.522/2018; Medida Provisória 871/2019.

33.1. TENTATIVA CONCEITUAL

Por presunção legal (CC 3.º e 4.º), os maiores de 18 anos de idade tem plena capacidade e são capazes de administrar sua pessoa e bens. No entanto, há quem, em razão de doença ou deficiência mental ou intelectual, se encontra impossibilitado de cuidar dos próprios interesses. Nesses ca-

sos, é necessário atribuir esse encargo a outrem: um **curador**. A curatela é instituto **protetivo** dos **maiores de idade**, mas **incapazes** para alguns atos da vida civil. Sujeitam-se também à curatela os nascituros, os ausentes, os enfermos e os deficientes físicos.

Muitas vezes a mudança de palavras tem importante significado na construção de novos conceitos. Foi o que aconteceu com a forma de identificar um deficiente. Em um primeiro momento foram chamados de "loucos de todo o gênero". Depois passaram a ser nominados de "portadores de necessidades especiais", ou "portadores de deficiências". Atualmente a expressão considerada politicamente correta é: **pessoas com deficiência.**

Por recomendação constitucional (CR 227 §§ 1.º II e 2.º e 244), este segmento vem recebendo cada vez maior atenção. A **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** – Convenção de Nova Iorque, desde 2009 integra o sistema jurídico pátrio.[1] Seu propósito é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, bem como promover o respeito à sua dignidade. Diz o seu art. 12, item 2: *As pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.*

O **Estatuto da Pessoa com Deficiência** (EPD),[2] que veio para regulamentar a Convenção, assegura às pessoas com **deficiência mental ou intelectual** o direito ao exercício da capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. O Estatuto provocou uma revolução que atingiu a teoria das incapacidades. Agora não mais existem pessoas maiores de idade absolutamente incapazes.[3] Deu nova redação a alguns dispositivos do **Código Civil** (3.º, 4.º, 228, 1.518, 1.548, 1.550 § 2.º, 1.557, 1.767, 1.768, 1.769, 1.771, 1.772, 1.775-A e 1.777).

O **Código de Processo Civil** revogou os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil, regras de natureza eminentemente processual. Como o CPC é posterior ao EPD, vigoram as disposições do estatuto processual, que, equivocadamente, usa as expressões interdição e interditado.[4] No entanto, o CPC

1. Dec. 6.949/2009.
2. Lei 13.146/2015.
3. Flávio Tartuce, Direito Civil – Direito de Família, 790.
4. Paulo Lôbo, Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.

precisa ser interpretado de acordo com a **Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência**[5] por ter força de emenda constitucional.[6]

A nova roupagem conferida à curatela, em face de seu caráter assistencial, insere-se na noção de cidadania, de inclusão e evolução do pensamento psiquiátrico. Quando se interdita alguém, se subtrai sua capacidade civil e, consequentemente, expropria-se sua cidadania. O interditado é retirado do lugar de sujeito de desejo e de sujeito social. A própria expressão curatelado e interditado já veiculam significados e significantes de exclusão.[7] Eles foram excluídos do rol dos **absolutamente incapazes**, pela nova redação do art. 3.º do Código Civil (EPD 84).[8]

5. Promulgada pelo Dec. 6.949/2009.

6. Ação de interdição. Declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade. Arts. 84, *caput*, § 3º, E 85, §§ 1º e 2º, da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Julgamento de incidente pelo órgão especial deste Tribunal. Constitucionalidade declarada. Interdição. Necessidade. Limitação que deve se restringir aos aspectos patrimoniais e negociais. Inteligência da norma inserta no art. 85, § 1º, da Lei nº 13.145/2015. Recurso conhecido e não provido. 1. Na linha do que foi decidido recentemente pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0000.17.034419-6/002, a Lei nº 13.146/2015, no que tange ao estabelecimento da incapacidade relativa para os portadores de deficiência, está de acordo com a Convenção da ONU Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, com status equivalente ao de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República. 2. Ao estabelecer que a "curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial", o art. 85, *caput*, da Lei nº 13.146/15, não estipulou que o exercício do encargo se daria de maneira absoluta, já que ressalvada a proporcionalidade da definição da curatela às necessidades e circunstâncias de cada caso. 3. Não havendo inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados, deve ser mantida a sentença que, com lastro nas provas constantes nos autos, reconheceu a incapacidade da interditanda e lhe nomeou curador para os atos de natureza patrimonial e negocial, nos termos do disposto no art. 85, *caput*, da Lei nº 13.146/2015. (TJMG – AC 10000170979041001 MG, Rel. Bitencourt Marcondes, j. 09/07/2019).

7. Rodrigo da Cunha Pereira, Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil.

8. Curatela. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Incapacidade relativa. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Adequação. Recurso provido. A lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência –, no seu artigo 6º, deixa claro que "a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa". Sendo assim, uma pessoa com deficiência física, mental ou intelectual, não podendo manifestar a sua vontade, pode ser reputada relativamente incapaz, mas nunca poderá ser considerada absolutamente incapaz. A não restringe o exercício dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Pelo contrário, preserva sua autonomia, dignidade e igualdade de condições com as demais pessoas, em todos os aspectos da vida, sen-

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser rotulada como incapaz, para ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal, ainda que houvesse a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos da vida civil.[9]

A curatela constitui **medida protetiva** proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso, e com duração pelo menor tempo possível (EPD 84 § 3.º). Diz somente com os aspectos de natureza **negocial** e **patrimonial**, não atingindo os **direitos pessoais**. Não impede o **casamento**, ou o exercício do **poder familiar**.[10] A pessoa com deficiência pode trabalhar, votar, ser testemunha, obter documentos oficiais que sejam de seu interesse. Como alerta Paulo Lôbo, não há que se falar mais de **interdição**, que sempre teve por finalidade vedar o exercício de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos.[11] Em síntese, a Lei 13.146/15 absolve seres humanos do "pecado original" da incapacidade absoluta como portadores de grave deficiência ou enfermidade mental.[12]

---

do compatível com a Convenção Sobre o Direito das Pessoas com Deficiências, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que, nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, equivale a uma Emenda Constitucional. (TJMG – AC 10000204637797001, Rel. Moreira Diniz, j. 01/09/2020).

9. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo Curso de Direito Civil, 142.

10. Curatela. Pessoa com deficiência. Sequelas de acidente vascular cerebral. Novo regime instituído pela Lei 13.146/2015. Art. 1.767, I, do CC/2002. Expressão da vontade comprometida. Constatação. Restrição da curatela. Atos patrimoniais e negociais. Recurso provido. A Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) consolidou os princípios preconizados na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, da ONU, revelando-se um marco regulatório e consolidativo dos direitos das pessoas com deficiência e rompendo com o paradigma da incapacidade, até então, vigente no ordenamento jurídico brasileiro. O instituto da curatela deverá ser adotado de maneira excepcional, somente nas hipóteses em que não for possível a expressão da vontade, aplicando-se o regime da incapacidade relativa; e restrita à prática de atos patrimoniais e negociais, de maneira a preservar, na medida do possível, a autodeterminação para a condução das situações existenciais. (TJMG – AC 10000204611149001, 5ª C. Cív., Rel. Carlos Levenhagen, j. 29/10/2020).

11. Paulo Lôbo, Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.

12. Nelson Rosenfeld, Tratado de Direito das Famílias, 767.

O curador exerce um **múnus público**. É admissível a eleição antecipada do curador, pelo **próprio curatelado**, enquanto plenamente capaz. É o que se chama de **autocuratela**. Possível, inclusive, a **curatela compartilhada** (CC 1.775-A), quando a pessoa com deficiência pode escolher mais de uma pessoa como curador. Também o juiz pode nomear mais de um curador. É uma forma de suavizar o árduo trabalho com o exercício da curatela e dividir responsabilidades.[13] A **tomada de decisão apoiada** pode ser determinada judicialmente para a prática de determinado negócio jurídico, o que não se pode chamar de curatela.

A curatela não se confunde com a **tutela**, apesar da semelhança dos dois institutos. Ambas têm natureza protetiva e fins idênticos, tanto que o legislador manda aplicar à curatela as regras da tutela, respeitadas as peculiaridades individuais (CC 1.774).

A **tutela** destina-se a proteger **crianças e adolescentes** que, em função da menoridade (CC 3.º e 4.º), não dispõem de plena capacidade e seus genitores estão afastados do exercício do poder familiar. Já a **curatela** empresta proteção aos **maiores incapacitados** para a autodeterminação. Sem muita justificativa, o **nascituro** é submetido à curatela e não à tutela.

Tal como ocorre na tutela, não é rígida nem obrigatória a ordem estabelecida na lei para a nomeação do curador, devendo, antes de qualquer coisa, serem resguardados os interesses do interdito.[14]

Não só o Código Civil, também o ECA deve ser aplicado à curatela. Assim, impositivo que se reconheça a condição do curatelado de **dependente do curador**, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive **previdenciários**. Como dessa condição goza o tutelado (ECA 33 § 3.º), da mesma prerrogativa deve desfrutar o curatelado. Afinal, na maioria das vezes o incapaz não dispõe de recursos próprios para se manter e acaba onerando o curador. Este, por sua vez, em razão dos encargos que a curatela lhe impõe, acaba com limitações para o exercício de suas atividades profissionais. Assim, nada justifica que o curatelado não possa ser considerado seu dependente.

Em face do caráter protetivo da tutela, o tutor pode ser escolhido via **testamento**, pelo pai ou pela mãe (CC 1.729 parágrafo único). Já a nomeação do curador segue o critério eleito pela lei. De qualquer forma, como à curatela aplicam-se os dispositivos da tutela (CC 1.774), não há impedimento de os pais nomearem, por **testamento**, curador para o filho

13. Rodrigo da Cunha Pereira, Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil.

14. Rodrigo da Cunha Pereira, Comentários ao novo Código Civil..., 489.

que não dispõe da plena capacidade mental,[15] quer já esteja interditado ou não. Vedado o **testamento conjunto** (CC 1.863), cada um dos pais deve indicar o curador em testamento próprio. Pode ser ou não a mesma pessoa. Assumirá o encargo o indicado pelo último genitor que vier a morrer.

Como a pessoa sujeita à curatela tem alguma limitação, há que se reconhecer sua **vulnerabilidade**. Assim, pode sujeitar-se à **alienação parental** por parte do curador ou de pessoa outra que exerça alguma influência sobre ela. Flagrada a tentativa de construir injustificável rejeição a alguém com quem o curatelado tinha alguma afinidade ou afeição, impositiva a aplicação das sanções previstas na legislação especial.[16] Possível, assim, assegurar direito de convivência, substituir o curador e penalizar o alienador.

O curatelado não pode dispor dos próprios bens. A disposição de seu patrimônio depende de autorização judicial, sendo necessária a prova de que a alienação de determinado bem, vem em benefício do próprio curatelado.[17]

Como o instituto visa a proteger pessoa incapaz, recobrando o curatelado a higidez mental, é cabível o levantamento da curatela.

33.2. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Indica a lei quem está sujeito à curatela (CC 1.767):

I – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

---

15. Silvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 446.

16. Lei 12.318/2010.

17. Alienação de bem de incapazes. Idosas interditadas. Idades avançadas. Necessidade imediata dos recursos. Existência de bem imóvel adicional. Percepção de aposentadorias. Alienação autorizada. Sentença mantida. 1 – Nos termos do art. 1.750 do Código Civil, aplicável à Curatela por permissão dos artigos 1.774 e 1.781 do mesmo diploma legal, o imóvel de Incapaz, devidamente avaliado, pode ser vendido mediante prévia autorização judicial, desde que havendo manifesta vantagem em seu favor. 2 – Não se revela harmônico com os interesses e bem estar das próprias Interditadas, com 96 e 98 anos de idade, a retenção de patrimônio a gerar herança após seu falecimento, uma vez que não têm herdeiros incapazes e necessitam de recursos, no presente momento, destinados a assegurar-lhes uma sobrevivência digna, dotada dos cuidados essenciais com saúde, alimentação e moradia, entre outros. Ademais, eventual necessidade imprevista e que supere o valor de seus benefícios previdenciários, poderá ser enfrentada com a alienação de outro bem imóvel que também a elas pertence, pelo que se revela acertada a alienação judicial determinada em sentença. Apelação Cível desprovida. (TJDF – 0703285-06.2019.8.07.0007, 5ª T. Cív., Rel. Angelo Passareli, j. 01/04/2020).

III – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

V – os pródigos;

Tal rol guarda consonância com a identificação da **incapacidade relativa.**

São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de exercê-los (CC 4.º):

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos.

Apesar do esforço do legislador, descabida a tentativa de arrolar, identificar ou definir as limitações ou inaptidões que geram o comprometimento da higidez mental. É a **perícia médica** que define o grau de incapacidade ou comprometimento a dar ensejo ao decreto judicial da curatela. O estado de alienação, por si só, não enseja a incapacitação. A **psicopatia** e a **sociopatia,** ainda que não digam com a capacidade de discernimento do indivíduo, justificam a curatela, para a proteção do próprio indivíduo e do grupo social.[18]

Nem o **deficiente visual** nem o **auditivo** estão sujeitos à curatela. O **analfabetismo** não constitui motivo bastante para tal.[19] O quadro de **depressão** também não. Igualmente, a simples **idade avançada** não a justifica. Mero enfraquecimento psíquico não configura alteração mental. Só a **demência senil** autoriza a curatela ou até a interdição.

33.3. PRÓDIGO

De forma desarrazoada a lei considera os **pródigos** como **relativamente incapazes** (CC 4º IV), os sujeitando à curatela. Difícil identificar o que se pode chamar de **prodigalidade.** Às claras não se trata de doença mental, e sim um problema social, jurídico e psiquiátrico.[20] A justificativa para a curatela do pródigo é preservar o seu patrimônio, proteger a ele e sua família. Silvio Rodrigues diz que, quem dissipa desvairadamente seu

18. Habeas corpus. Por meio da interdição civil com internação compulsória resguarda-se a vida do próprio interditando e, secundariamente, a segurança da sociedade. (STJ – HC 471583/SP (2018/0254053-6) (Dec, monocrática), Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/04/2019).

19. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil brasileiro, 512.

20. Silvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 452.

patrimônio, sem noção da importância do dinheiro, agindo sem restrições, teria por destino a integral miséria.[21] Ora, em um mundo em que o apelo ao consumismo é tão exacerbado, é difícil resistir à tentação de ter mais do que se necessita. E, quem logrou fazer fortuna, às vezes com o esforço de muitos anos de trabalho árduo, tem o direito de gastar o que é seu, do jeito que melhor lhe aprouver. Como diz Nelson Rosenvald, para que alguém possa **ser**, o ordenamento deve facilitar a escolha entre **ter** e **não ter**. O mesmo sistema jurídico que acolhe a livre iniciativa (CR 170) deve permitir que o ser humano delibere sobre a alternativa de abdicar de seus bens.[22]

Além disso, existem mecanismos de proteção suficientes aos herdeiros necessários. Ninguém pode **doar** em vida mais do que pode deixar por testamento (CC 549) nem deixar de reservar bens que garantam sua **subsistência** (CC 548). Assim, nada justifica rotular de pródigo e retirar a plena capacidade de quem dispõe de seu patrimônio, com o só fito de preservar bens para os seus sucessores.

Ainda bem que ao pródigo não são impostas restrições **pessoais**. As limitações são exclusivamente de caráter patrimonial.[23] Ele pode casar, seja com quem for, inclusive com quem só está interessado na sua fortuna. Sem a assistência do curador, o pródigo não pode (CC 1.782): *emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.*

33.4. CASAMENTO

Pessoas com deficiência podem casar. Expressar sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador (CC 1.550 § 2.º). Sequer necessitam da **autorização do curador**. O casamento é **anulável** somente

21. Idem, 416.
22. Nelson Rosenvald, Curatela, 787.
23. Interdição. Indícios de prodigalidade. Curatela provisória. Manutenção. Recurso conhecido e não provido. 1. No caso em exame, há nos autos a notícia de que o agravante está dilapidando o seu patrimônio, gastando ilimitadamente os seus recursos, desfazendo-se de seu patrimônio em prol da igreja, fazendo depósitos de quantias vultuosas na conta de sua ex-companheira. [...] 3. Ainda, os indícios de prodigalidade apresentados caracterizam o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, de modo que o decreto de curatela provisório se mostra medida adequada e pertinente ao caso, ao menos até que aportem aos autos maiores elementos acerca da necessidade de manter-se a curatela para fins de resguardo dos interesses patrimoniais do interditando. 4. Recurso conhecido e não provido. (TJAM – AI 40042538220178040000 AM 4004253-82.2017.8.04.0000, Rel. Airton Luís Corrêa Gentil, j. 19/03/2018).

se o cônjuge não tinha condições de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o seu consentimento (CC 1.550 IV).

O casamento só se contamina de **nulidade** se a incapacidade é severa com referência às relações existenciais. Mesmo que anulável, pela incapacidade do cônjuge é indispensável reconhecer o casamento como **putativo** ou a existência de uma **união estável**. E, ao se reconhecer a higidez da união estável, nada justifica anular o casamento, ao menos de quem, mesmo com limitações para reger seus bens, tem condições de assumir seus afetos. Negar qualquer efeito ao vínculo, que, afinal, existiu, pode ser fonte de enriquecimento injustificado, solução que não se coaduna com a Justiça.

O caráter protetivo da curatela resta evidenciado quando a lei estende aos descapacitados a mesma proteção conferida os filhos menores (CC 1.590): *as disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.* Tal dispositivo, no entanto, ao atribuir a guarda do filho maior incapaz ao genitor, não o sujeita ao **poder familiar** nem afasta a eventual necessidade de ele ser interditado.

O curador só pode **casar** com o curatelado depois de cessada a curatela e saldadas as respectivas contas (CC 1.523 IV). Ocorrendo o casamento antes de atendidos esses encargos, o regime será obrigatoriamente o da **separação de bens** (CC 1.641 I). No entanto, possível afastar tal regime se provada a ausência de prejuízo ao curatelado (CC 1.523 parágrafo único). Salutar a vedação de o curador **adotar** o curatelado enquanto não der contas de sua administração e não saldar eventuais débitos (ECA 44).

33.5. ESPÉCIES

Como são diferentes os graus de discernimento e inaptidão mental, a curatela admite **graduações**, gerando efeitos distintos a depender do seu nível de consciência. Quando há ausência total de capacidade, a impedir a lúcida manifestação de vontade, a interdição é **absoluta** para todos os atos da vida civil (CC 1.767 I). O incapaz deve ser representado. O ato praticado sozinho é nulo (CC 166 I). Não pode nem ser ratificado pelo curador.

Para quem dispõe de discernimento **parcial**, a curatela é limitada à prática de certos atos, cabendo ao juiz delimitar sua extensão.[24] Nesses

24. Ação de interdição. Incapacidade relativa. Particularidades do caso. Interdição parcial. I. A curatela de pessoas relativamente incapazes deve ser vislumbrada como extraordinária e ocasionar restrições mínimas indispensáveis à preservação da dignidade e da autonomia do interditado, na esteira do que prescrevem os artigos 755, inciso II e § 3º, *in fine*,

casos, há a sugestão – mas não a imposição – de que as restrições sejam as mesmas previstas para os pródigos (CC 1.782). Os atos celebrados sem assistência do curador e não ratificados por ele, podem ser anulados.

A curatela não leva à **incapacidade absoluta** do curatelado. Cabe distinguir o grau de incapacidade. Desse modo, o curador **representa** o curatelado absolutamente incapaz e o **assiste** quando sua incapacidade é relativa.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência visa resguardar a autonomia de espaços de liberdade. Segundo Pietro Perlingieri, é preciso privilegiar, sempre que possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. Permitir que o curatelado decida sozinho questões para as quais possui discernimento é uma forma de tutela da pessoa, pois a autonomia da vontade é essencial para o livre desenvolvimento da personalidade. A real necessidade da pessoa com algum tipo de doença mental é menos a substituição na gestão patrimonial e mais, como decorrência do princípio da solidariedade e da função protetiva do curador, garantir a dignidade, a qualidade de vida, a recuperação da saúde e a inserção social do interditado.[25]

33.5.1. Autocuratela

O mandato cessa com a interdição do mandante ou do mandatário (CC 682 II). Apesar desta limitação legal, tem sido sustentada a possibilidade da outorga de **mandato permanente** ou **procuração preventiva**, que recebe o nome de autotutela: uma pessoa capaz pode firmar uma declaração de vontade para que alguém, diante de uma situação de incapacidade, previsível ou não, organize sua futura curatela. Pode eleger um curador bem como indicar órgãos de fiscalização de gestão de seus bens. A autocuratela permite que a pessoa designe quem gostaria que a protegesse e cuidasse.

Ainda a pessoa com deficiência pode requerer a autocuratela.[26] No entanto, tal não impede a **ação de curatela** nem a designação de outro curador.[27]

---

e 757 do Código de Processo Civil. III. Revelando o quadro probatório a existência de quadro de incapacidade relativa, a curatela deve ser instituída nos exatos limites necessários à proteção pessoal e patrimonial do interditando. V. Recursos conhecidos e desprovidos. (TJDF – AC 113.6667, 4ª T. Civ., Rel. Des. James Eduardo Oliveira, j. 31/10/2018).

25. Pietro Perlingieri, Perfis do Direito Civil , 79.
26. IBDFAM – Enunciado 26: A pessoa com deficiência pode pleitear a autocuratela.
27. Rolf Madaleno, Direito de Família, 1.299.

Thais Coelho afirma ser o mandato permanente um **negócio jurídico atípico**: o fato de não estar previsto na lei, não impede que se respeite a vontade de alguém, mesmo depois de interditada. [28]

O **princípio da liberdade** e o direito ao exercício da **autonomia privada** asseguram o direito de as pessoas se autodeterminarem, no presente e no futuro quanto aos seus bens. Daí a possibilidade de o mandante agir de acordo com a sua vontade no que concerne a questões patrimoniais.[29]

Trata-se de procuração sujeita a **condição suspensiva**, pois só terá eficácia caso o mandante perca a capacidade de gerir seus bens. Como se trata de um contrato **personalíssimo** baseado no **princípio da confiança**, o mandatário não pode substabelecer.

O mandato permanente deve ser outorgado por **escritura pública**, que empresta fé pública de que o mandante estava no gozo de sua capacidade e a manifestação de vontade foi expressa livremente. O mandatário pode ser uma **pessoa jurídica** ou uma **fundação**.

O mandato permanente não se incompatibiliza com a **curatela** do outorgante, restando o procurador responsável pelas questões patrimoniais e o curador no que diz com as questões existenciais.[30] Possível outorgar ao curador poderes de representação para alguns atos da vida civil, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade. Mas não para atos de natureza existencial.[31]

33.5.2. Curatela provisória

É possível a concessão de curatela provisória em três situações:

- Quando, por algum motivo imprevisível, alguém se vê impossibilitado momentaneamente para os atos da vida civil;
- Comprovada a situação incapacitante por atestado médico, mediante singelo pedido judicial, é possível a concessão de **alvará**

---

28. Thais Câmara Maia Fernandes Coelho. Autocuratela, 18.
29. Idem, 8.
30. Idem, 13.
31. JCJF – Enunciado 637: Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade.

para o atendimento de necessidades específicas. Não cabe falar em incapacidade que dê ensejo à decretação da curatela;

- Em casos de relevância e urgência, a fim de proteger os interesses da pessoa em situação de curatela, o **Estatuto da Pessoa com Deficiência** autoriza o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, ouvido o Ministério Público, nomear, desde logo, curador provisório (EPD 87).

Proposta a ação de curatela, o juiz pode nomear **curador provisório** ao interditando para a prática de determinados atos (CPC 749 parágrafo único). Trata-se de **tutela provisória de urgência** de **natureza satisfativa,** a título de **tutela antecipada.** E, justamente por esta razão não se pode justificar a medida exclusivamente na urgência, porque a tutela de urgência exige também a probabilidade da existência do direito (CPC 300).[32]

33.5.3. Curatela compartilhada

O Código Civil confere legitimidade ao pai ou à mãe para o exercício da curatela (CC 1.775 § 1º). Mas a jurisprudência passou conceder curatela compartilhada a ambos os genitores. Esta possibilidade foi acolhida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao conferir legitimidade ao juiz para estabelecer a curatela a mais de uma pessoa (CC 1.775-A). Assim, não só pais, mas quaisquer outras pessoas, que sejam parentes ou não do curatelado, podem dividir o exercício da curatela.[33] Também a pessoa com deficiência pode indicar uma ou mais pessoas para o exercício da curatela. Basta o juiz reconhecer que atende ao seu melhor interesse.

33.5.4. Tomada de decisão apoiada

Como afirma Rodrigo da Cunha Pereira, o Estatuto da Pessoa com Deficiência não só alterou, também revolucionou o tema das incapacidades ao

---

32. Daniel Amorim Assunpção Neves, Código de Processo Civil comentado, 1.273.

33. Ação de interdição. Curatela compartilhada. Nomeação de curadora cuidadora e curador financeiro. Possibilidade. Conflito familiar de natureza patrimonial. Irresignação da parte autora. Pedido de curatela plena e administração dos bens do interditando em favor da apelante atual cuidadora. Improcedência. Domicílio do curador financeiro diverso do domicílio do interditado. Inexistência de óbice legal. Obrigação de prestação das contas. Observância do melhor interesse do curatelado. (TJCE – AC 00041452820118060081 CE 0004145-28.2011.8.06.0081, 4ª C. Dir. Priv., Rel. Durval Aires Filho, j. 02/06/2020).

introduzir uma nova expressão jurídica: tomada de decisão apoiada. Trata-se de modelo jurídico **protetivo** de pessoas em situação de vulnerabilidade. Este novo conceito de capacidade civil veio atender a recomendação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.[34]

Enquanto a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferentemente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapide o seu patrimônio), em detrimento do próprio curatelado, a tomada de decisão apoiada é medida promocional de autonomia que resguarda a liberdade e a dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente seus desejos e anseios vitais.[35]

O Código Civil previa a **curatela-mandato**, em dispositivo que foi revogado (CC 1.790) e substituído pela tomada de decisão apoiada (CC 1.783-A). Tânia da Silva Pereira faz algumas ressalvas à alteração, que pode representar desproteção dos idosos, que se utilizavam da curatela-mandato para atender a situações especiais de representação, marcadas pela relação de confiança daquele que requeria. Nota-se que bancos, entidades públicas, seguros de saúde exigem renovações periódicas de procurações públicas e a certidão de curatela representava efetiva solução para vencer este tipo de burocracia. Além disso, ser idoso com limitações não significa, necessariamente, ser deficiente. As limitações decorrentes da idade em um mundo marcado por complexas dinâmicas cotidianas não exigem mais do que uma pessoa de apoio. Alguém de confiança indicada lucidamente pelo requerente na curatela-mandato pode ser o suficiente.[36]

A pessoa com deficiência pode eleger pelo menos duas pessoas, que gozem de sua confiança para assessorá-la para que possa exercer sua capacidade (CC 1.783-A). A existência de tal apoio não limita a capacidade de agir. Trata-se de um remédio personalizado para suas necessidades existenciais. Medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano. O beneficiário conserva sua capacidade de fato. Mesmo nos específicos atos em que seja coadjuvado pelos apoiadores, a pessoa com deficiência não sofre restrição em seu estado de plena capacidade, apenas está privada de **legitimidade** para praticar episódicos atos da vida civil.[37]

---

34. Rodrigo da Cunha Pereira, Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil.
35. Nelson Rosenvald, Curatela, 754.
36. Tânia da Silva Pereira, A família parental, 360.
37. Idem, 757.

De modo injustificado é exigido que a pessoa com deficiência, juntamente com os apoiadores, apresente ao juiz um **termo** com a indicação dos **limites** do apoio, o **compromisso** dos apoiadores de respeitar a vontade da pessoa que devem apoiar e o **prazo** de vigência (CC 1.783-A § 2.º). Nada impede que, no mesmo documento, seja indicado o **curador** em caso de incapacidade total.[38] O termo pode constar de escritura pública ou escrito particular. No entanto, é possível que tais exigências sejam atendidas na própria **petição inicial**. Afinal, trata-se de uma ação, ainda que de **jurisdição voluntária**.

O juiz precisa contar com **equipe multidisciplinar** (CC 1.783-A § 3.º) para a realização da **perícia psicossocial**. Depois de ouvido o Ministério Público, deve designar **audiência** para ouvir a todos.[39] A lei não diz, mas é indispensável uma manifestação do juiz deferindo o pedido. Tal decisão, de natureza homologatória, deve ser apresentada, por **certidão**, em todos os atos praticados pelos apoiadores.

A **validade** das relações negociais depende da participação dos apoiadores (CC 1.783-A § 4º), que têm o dever de **prestar contas** (CC 1.783-A § 11). Havendo divergências entre eles, cabe ao juiz decidir (CC 1.783-A § 6.º).

Esta possibilidade de concessão de apoio à pessoa com deficiência, sem submetê-la à curatela, pode ensejar o pedido de levantamento da interdição.

De outro lado, ocorrendo o agravamento da condição da pessoa, pode o juiz, nos autos do próprio procedimento, nomear como **curador provisório** um dos apoiadores ou não. Por cautela deve estabelecer um prazo para a propositura da **ação de curatela**.

33.6. ENFERMO E PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Não só o enfermo, mas também a pessoa com deficiência física incapacitante pode requerer que lhe seja nomeado curador para cuidar de todos ou de alguns de seus negócios ou bens. É o que se chama de **curatela-mandato**. Curatela de **menor extensão**, até porque não se destina a um incapaz. Esta possibilidade não se confunde com a tomada de decisão

---

38. JCJF – Enunciado 639: A opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência. A pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores.

39. JCJF – Enunciado 640: A tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela.

apoiada (CC 1.783-A § 2º). Para o seu fiel exercício, basta a atribuição de poderes para a mera administração dos negócios e bens do curatelado, sem autorização para a transferência ou renúncia de direitos, o que continua dependendo da expressa manifestação de vontade do curatelado.

Qualquer das pessoas legitimadas (CPC 747) também pode requerer esta espécie de curatela, que somente será concedida se houver a concordância do incapaz. Caso ele não possa exprimir a sua vontade, estará sujeito à curatela ordinária.

Esta possibilidade pode beneficiar **pessoas idosas**, que não disponham de condições físicas, senão com muito sacrifício, de se locomover, a fim de gerir os seus bens. A vantagem em relação à procuração consiste no fato de a curatela-mandato perder sua eficácia caso o outorgante apresente alguma das causas de curatela.

Ainda assim, o mais usual é o doente e o incapacitado físico simplesmente nomearem um **procurador**, em vez de fazer uso de uma ação judicial para que alguém atenda a seus interesses.

33.7. NASCITURO

Não se encontra muita justificativa para a determinação de nomeação de **curador** ao nascituro (CC 1.779): *dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.* Além de sua deficiente redação, revela o dispositivo resquício da feição patriarcal da família. Ao depois, como o nascituro é menor e incapaz, a hipótese seria mais de **tutoria**. A finalidade é resguardar os direitos do nascituro, assegurados desde a concepção (CC 2.º).[40]

A garantia dos direitos do filho nascituro é assegurada em procedimento específico, que prevê a possibilidade de nomeação de curador (CC 1.779). Se a mãe for capaz, não se atina como afastar o poder familiar da mãe, pelo fato de o filho ainda não ter nascido. De qualquer forma, não só no caso de morte do pai haveria de se cogitar da nomeação. Desconhecido, ausente ou incapaz o genitor, cabe a nomeação.[41] Estando a gestante interditada, seu curador será curador do nascituro (CC 1.779 parágrafo único). Trata-se de uma **curadoria temporária**, eis que, quando do nascimento, a criança deverá ser posta sob **tutela**.

40. Zeno Veloso, Código Civil comentado..., 226.
41. Idem, 226.

33.8. LEGITIMIDADE PARA REQUERER E PARA EXERCER A CURATELA

A lei indica os legitimados para **requerer** a curatela (CPC 747):

I – cônjuge ou companheiro;

II – parentes ou tutores;

III – representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;

IV – Ministério Público.

Não existe uma **ordem de preferência**: qualquer dos indicados pode propor a ação. Trata-se de **legitimação concorrente.**[42]

A judicialização não é prerrogativa de uma única pessoa. Mais de um legitimado pode requerer a curatela, formando-se um **litisconsórcio ativo facultativo**. Assim, ambos os pais ou mais de um parente, podem propor a ação, cabendo ao juiz escolher, oportunamente, quem vai exercer o encargo.

De outro lado, proposta a ação por um dos legitimados, outros dispõem legitimação pode participar do processo na condição de **assistente litisconsorcial** (CPC 124).

A ordem de preferência deve ser obedecida na escolha do curador. Intentada a ação por qualquer dos legitimados, cabe ao magistrado nomear o

42. Agravo em recurso especial. Ação de interdição. Flexibilização do rol do art. 1.775, CC. Melhor Interesse do Interditando. A enumeração dos legitimados é taxativa, mas não preferencial, podendo a ação ser proposta por qualquer um dos indicados, haja vista tratar-se de legitimação concorrente. Não sendo a propositura da ação prerrogativa de uma única pessoa. Mais de um legitimado pode requerer a curatela, formando-se um litisconsórcio ativo facultativo. Essas duas legitimidades obedecem apenas a uma ordem taxativa, mas não preferencial e absoluta, pois caberá ao juiz analisar cada caso concreto e aplicar o melhor para o interditando, independentemente de o autor da ação ser indicado em primeiro lugar nos artigos citados. O que se deve considerar, antes de tudo, é o interesse do incapaz, dado o caráter protetivo e assistencial que tem o instituto, já que mais grave do que haver dúvidas a respeito da legitimidade é deixar um incapaz abandonado e à mercê de pessoas inescrupulosas e interesseiras. Não se pode insistir em uma prioridade legal, apenas recomendada para o exercício da curatela, e não para a propositura da ação. Registre-se que, mesmo para o exercício da curatela, o juiz sempre haverá de analisar o melhor interesse do interditando, o que também não torna prioritária e absoluta a ordem legal na escolha do curador. Ressalte-se, ainda, que a interdição visa a curatela, que é imprescindível para a proteção e o amparo do interditando, resguardando a segurança social ameaçada ou perturbada por seus atos. Trata-se de intervenção que atende a imperativos de ordem social (STJ – AREsp 1534619 GO 2019/0192561-3 (Dec. Monocrática), Rel. Min Luis Felipe Salomão, j. 06/09/2019).

curador, atento à prioridade estabelecida na lei. No entanto, não pode haver rigidez na escolha, pois é necessário atender ao interesse do curatelado. De preferência, é de ser eleita a pessoa com quem ele tenha alguma afinidade.

33.8.1. Cônjuge ou companheiro

O legitimado em primeiro lugar para requerer a decretação da curatela é a pessoa com quem o interditando é casado ou vive em união estável (CPC 747 I). Como a **separação de fato** põe fim ao casamento e à união estável, cessado o vínculo de convívio, não mais cabe falar em cônjuge ou companheiro. De qualquer maneira, o ex-cônjuge ou ex-companheiro deve comunicar ao Ministério Público a ocorrência de doença mental grave, para que promova a ação (CPC 748). E, mesmo que algum deles proponha a ação, não pode ser nomeado curador. A **separação de corpos**, ou apenas **de fato,** impede o exercício da curatela (CC 1.775).

33.8.2. Parentes ou tutores

É conferida legitimidade a qualquer parente para promover a ação de curatela (CPC 747 II). O conceito de parentesco é estabelecido pela lei civil: ascendentes e descendentes de qualquer grau (CC 1.591) e parentes em linha colateral até o quarto grau (CC 1.592). Como a **afinidade** gera relação de parentesco (CC 1.595 § 2.º), nada impede que parentes afins requeiram e exerçam a curatela.

Não existe ordem de prioridade para os parentes requererem a curatela. Apesar da preferência aos **descendentes** mais próximos (CC 1.775 § 1.º), a tendência é conferir a curatela aos pais. Inclusive a ambos de forma **compartilhada** (CC 1.775-A).

A ordem de preferência para a nomeação do curador, não é obrigatória, devendo atentar-se mais ao interesse do curatelado.[43]

33.8.3. Representante de entidade de abrigamento

Há realidades que chocam, mas não se pode deixar de ver: o abandono de pessoas com deficiência em instituições públicas ou privadas.

43. JCJF – Enunciado 638: A ordem de preferência de nomeação do curador do art. 1.775 do Código Civil deve ser observada quando atender ao melhor interesse do curatelado, considerando suas vontades e preferências, nos termos do art. 755, II, e § 1º, do CPC.

Simplesmente para lá são conduzidos parceiros, pais, filhos ou parentes que exigem algum tipo de cuidado por apresentarem graus de vulnerabilidade física ou psíquica.

Além de lá serem abandonados, seus bens e direitos são usufruídos por aqueles que o abandonaram. Daí a legitimidade do representante da entidade em que ele se encontra abrigado de requerer a curatela e ser nomeado curador (CPC 747 III). Essa foi a forma encontrada para que os benefícios da pessoa com deficiência revertam em seu proveito próprio.

33.8.4. Ministério Público

O Ministério Público pode promover a ação de curatela em caso de **doença mental grave** (CPC 748). Trata-se de competência residual, pois só pode agir se o cônjuge ou o companheiro não promoverem a ação ou forem incapazes para o seu exercício. Também deve propor a ação se a entidade cuidadora não o fizer.

Ainda que o instituto da tutela diga respeito a menores e a curatela vise à proteção de maiores incapazes, o ECA defere legitimidade ao Ministério Público para promover ação de nomeação de curador (ECA 201 III), o que alcança também os maiores. Da mesma legitimação, e injustificadamente, não dispõe a **Defensoria Pública.**

Nas hipóteses de **deficiência mental ou intelectual** a legitimidade ministerial deve se harmonizar com o **Estatuto da Pessoa com Deficiência** (84). Mesmo não sendo o autor da ação, a presença do agente ministerial é sempre indispensável, intervindo como fiscal da ordem pública (CPC 752 § 1.º).

33.9. EXERCÍCIO

Determinada a aplicação à curatela das disposições concernentes à tutela (CC 1.774 e 1.781), tudo o que compete ao tutor compete também ao curador. Da possibilidade de **escusa** (CC 1.736) às normas de **exercício** (CC 1.740 a 1.752). No que diz respeito aos **bens** (CC 1.753) e, principalmente, ao dever de **prestar contas** (CC 1.755 a 1.762).

Deixou de ser exigido que o tutor – e, por conseguinte, o curador – **especifique bens** em **hipoteca legal**. Assim, a atribuição conferida ao Ministério Público para promover, de ofício, a especificação e a inscrição de hipoteca dos curadores não persiste (ECA 201 IV). Quando é vultoso o patrimônio do curatelado, pode o juiz determinar a **prestação de cau-**

ção. A imposição é facultativa, podendo ser dispensada se reconhecida a idoneidade do curador (CC 1.745 parágrafo único).

O exercício da curatela é um ***múnus* público**, ainda que o curador faça jus à **remuneração** proporcional à importância dos bens administrados, além do direito de ser reembolsado pelo que realmente despender (CC 1.752, 1.774 e 1.781).[44] A medida é das mais salutares, porque o cuidador muitas vezes abandona seus projetos de vida para dedicar-se a quem passou a ser seu dependente. Inclusive, há situações bastante comuns em que a subsistência do curador depende do que percebe pelo exercício da curatela. E, quando da morte do curatelado, resta sem meios de subsistência.

Por força da aplicação extensiva das regras da tutela à curatela, é cabível a nomeação de um protutor – que mereceria ser chamado de "**pró-curador**" – para fiscalizar os atos do curador (CC 1.742), fazendo jus à módica gratificação (CC 1.752 § 1.º). Do mesmo modo, sempre que houver interesses administrativos que exijam conhecimento técnico, forem complexos, ou realizáveis em lugares distantes do domicílio do curador, este pode delegar a outrem o exercício parcial da curatela. A nomeação pode ser de pessoa física ou jurídica e depende de aprovação judicial (CC 1.743).

A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do curatelado, bem como aos filhos, nascidos ou ainda nascituros. É o que se chama de **curatela prorrogada ou extensiva.**[45] Nessa hipótese, o filho do interdito acaba também sujeito à curatela, afinal, o seu genitor está vivo, ainda que seja incapaz. Talvez a melhor solução seja encaminhar o filho à adoção.

Além de todos os encargos atribuídos ao curador e os que se encontram relacionados no capítulo da tutela, havendo meio de recuperar o interdito, deve ele promover o **tratamento** em estabelecimento apropriado. No entanto, quando o interdito não se adaptar ao convívio doméstico, pode ser **recolhido** a estabelecimento adequado (CC 1.777).

---

44. Ação de fixação de remuneração pelo exercício da curatela. Remuneração do curador. Critérios. Majoração. Princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida. 1. O curador tem direito de receber remuneração pela administração do patrimônio do interdito, à luz do disposto no art. 1.752, *caput*, do CC, aplicável ao instituto da curatela, por força da redação do art. 1.774 do CC. 2. A remuneração do curador deverá ser requerida ao Juiz que a fixará com parcimônia, para não combalir o patrimônio do interdito, mas, ainda assim, compensar o esforço e tempo despendidos pelo curador no exercício de seu múnus, observando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. [...] (TJGO – 01324290820188090091, 3ª C. Cív., Rel. Gerson Santana Cintra, j. 09/07/2020).

45. Orlando Gomes, Direito de Família, 447.

33.10. PRESTAÇÃO DE CONTAS

O curador tem o dever de prestar contas, uma vez que está na posse e administração dos bens do curatelado (CC 1.755 e 1.774). O ECA atribui ao **Ministério Público** legitimidade para promover a ação de prestação de contas (ECA 201 IV). Ou **ação de exigir contas**, conforme o Código de Processo Civil (550 a 553).

Em face do poder familiar os pais são **usufrutuários** dos bens do filho (CC 1.689). Nomeados os curadores dele, estão dispensados de prestar contas.

Quando o regime de bens do casamento for o da **comunhão universal**, nomeado o **cônjuge** como curador, está dispensado de prestar contas (CC 1.783). No entanto, nos demais regimes, em que são comuns os bens adquiridos durante a união, nada justifica a imposição. Na **união estável** também cabe a dispensa da prestação de contas. Afinal, está o curador na posse e administração de bens que são comuns com o incapaz, tendo a responsabilidade como usufrutuário, procurador ou depositário (CC 1.652).[46]

De qualquer modo, mesmo quando existe a obrigação de prestar contas, é possível a dispensa de sua apresentação se inexiste patrimônio ou a renda do curatelado é de pequena monta.[47]

As contas devem ser apresentadas em procedimento próprio e não nos autos da ação de curatela.

---

46. Curatela. Dispensa de prestação de contas. Regime de comunhão universal de bens. Possibilidade. Inteligência do art. 1.783 do Código Civil. Recurso provido. A prestação de contas visa apurar existência de crédito ou débito e pode sempre ser exigido de quem administra bem de outra pessoa, como é o caso de quem exerce a curatela de pessoa interditada. Nos termos do art. 1.783, do Código Civil, é possível deferir a dispensa da prestação de contas periódica quando o curador é casado com a pessoa interditada e o regime do casamento é o da comunhão universal de bens. Recurso provido. (TJMG – AC 10000190676650001, Rel. Des. Ângela de Lourdes Rodrigues, j. 24/09/2019).

47. Interdição. Curatela. Prestação de contas. Isenção. Vínculo familiar. 1. Embora a prestação de contas seja atribuição inerente à curatela, é cabível isenção temporária quando verificado que o curatelado não aufere rendimentos capazes de fazer frente, sequer, ao próprio sustento. 2. Não ocorrendo dispensa da prestação de contas, e havendo significativa alteração das condições financeiras do interditado, poderá a autoridade judiciária determinar o cumprimento da lei referente ao encargo. 3. Recurso provido. (TJDF – AC 20170310112803 DF 0011018-47.2017.8.07.0003, 8ª T., Rel. Mario-Zam Belmiro, j. 07/02/2019).

33.11. AÇÃO DE CURATELA

Conforme sustenta Paulo Lôbo, não há mais que se falar em **ação de interdição**, que sempre teve por finalidade vetar o exercício de todos os atos da vida civil. Agora existe curatela específica para determinados atos. Daí, ação de curatela. Mas o Código de Processo Civil, na contramão do Estatuto da Pessoa com Deficiência, regulamento o processo de interdição.

Trata-se de demanda cercada de muitas formalidades, em que é indispensável a presença do **Ministério Público** como **fiscal da ordem pública** (CPC 752 § 1.º).

A ação está disciplinada no estatuto processual (CPC 747 a 758), mas remanesce no Código Civil algumas disposições procedimentais (CC 1.774 a 1.783).

A ação tramita durante as **férias forenses** (CPC. 215 II).

O autor precisa provar sua **legitimidade** para a ação (CPC 747 parágrafo único). Pode ser proposta pelo (CPC 747): cônjuge ou companheiro; parentes; tutores; representante da entidade em que o incapaz se encontra abrigado ou pelo Ministério Público. O rol não é **taxativo** nem assegura preferência para o exercício da curatela. A ação pode ser proposta por quem foi indicado, por **testamento ou escritura pública** para assumir o encargo. A pessoa indicada pode propor a ação e ser nomeada curadora, se atender ao melhor interesse do curatelado.

A inicial deve especificar os **fatos** que demonstram a incapacidade do interditando para **administrar seus bens** e, se for o caso, para praticar atos da **vida civil**, bem como o **momento em que a incapacidade se revelou** (CPC 749). Indispensável juntada de **laudo médico** (CPC 750).

Justificada a urgência, a título de **tutela cautelar antecedente** (CPC 305), o juiz pode nomear **curador provisório dativo** (CPC 749 parágrafo único).

O réu é citado para uma **entrevista** com o juiz, tomando-se por termo as perguntas e as respostas (CPC 751). Possível o acompanhamento de especialista (CPC 751 § 2.º), sendo assegurado o emprego de recursos tecnológicos que possibilitem o interditando de se manifestar (CPC 751 § 3.º). Ao juiz pode ser requisitada a ouvida de pessoas próximas (CPC 751 § 4.º).

É indispensável que o juiz **pessoalmente** entreviste o interditando, omissão que acarreta a nulidade do processo.[48]

---

48. Recurso especial. Curatela. Interdição. Ausência de interrogatório. Inviabilidade. Nulidade. Por envolver direito indisponível, o interrogatório constitui-se em ato não

A contar da audiência dispõe o réu do prazo de 15 dias para **impugnar o pedido** (CPC 752). O interditando precisa constituir **advogado** para impugnar. Caso não o faça, deverá ser nomeado **curador especial** (CPC 752 § 2.º).

O cônjuge, o companheiro ou o herdeiro sucessível (CC 1.845) podem intervir no processo como **assistentes** (CPC 119).

Decorrido o prazo de resposta, é determinada a produção de **prova pericial**, que pode ser realizada por equipe multidisciplinar (CPC 753). O laudo deve indicar, especificadamente, os atos para os quais há a necessidade da curatela (CPC 753 § 2.º). Se o magistrado entender necessária a produção de mais provas, designa **audiência de instrução e julgamento.**

Ao julgar procedente a ação, o juiz decreta a curatela e: **nomeia o curador**, que pode ser ou não quem propôs a ação. Fixa os **limites da curatela** atentando às características do curatelado, suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências (CPC 755 I).[49] Na medida do possível, indica o tempo de duração. A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado e de quem esteja sob sua guarda (CPC 755 §§ 1.º e 2.º).

Quem propõe a ação de curatela pode indicar outra pessoa para exercê-la. A indicação também pode ser feita pelo curatelado, por quem tem

---

apenas meramente formal, senão essencial do processo de interdição e que não pode ser substituído por simples atestado médico. É importante que o juiz proceda ao exame pessoal por meio de interrogatório, ainda que não possua conhecimentos que permitam a elaboração de um diagnóstico. Isso, pois o exame pessoal não visa só a definição do estado biológico do interditando, mas, principalmente, a verificação de seus laços afetivos, suas condições materiais e cognitivas, a forma como se relaciona e se comporta em sociedade e, principalmente, sua opinião acerca da interdição e sua relação com quem se pretende curador. Tanto é importante o interrogatório, que o Novo Código de Processo Civil reformou o instituto, que passou a ser chamado de "entrevista", ampliando os temas a serem perquiridos pelo juiz quando do exame pessoal, para que o interditando, sujeito de direito mais importante da demanda, seja melhor compreendido e ressignificado. O exame a ser feito mediante interrogatório em audiência pessoalmente pelo juiz não é, portanto, mera formalidade. Ao contrário, é medida que garante a participação e a própria defesa do interditando no processo. Aliás, é também medida de humanização do trabalho judicial, que poderá, com habilidade e dedicação, conhecer de fatos que o processo oculta ou omite. (STJ – REsp 1821050 SP 2017/0026473-1 (Dec. monocrática), Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 06/05/2020).

49. JCJF – Enunciado 574: A decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772).

legitimidade para exercer a curatela, via **testamento** ou **escritura pública**. Mas a decisão cabe ao juiz. Tal possibilidade não está prevista de modo expresso. Mas como se aplica à curatela as regras da tutela (CC 1.774) cabe invocar a subsidiária dos dois institutos (CC 1.729 parágrafo único e 1.781).

Tanto o decreto da curatela, como o seu levantamento se processam em juízo (CPC 756).[50]

33.11.1. Eficácia da sentença

Muito se debate sobre a **natureza jurídica** da sentença que decreta a curatela, tema que se reflete na validade dos atos praticados pelo incapaz antes do ato sentencial. Considerar que a sentença é **declaratória** seria conferir-lhe **eficácia *ex tunc***, ou seja, retroativa, surgindo a possibilidade de se reconhecer a nulidade dos atos realizados antes mesmo da decisão judicial. De outro lado, atribuir à sentença carga eficacial **constitutiva** lhe confere **efeitos *ex nunc***, isto é, a partir de sua prolação. Assim, somente atos realizados depois da sentença seriam nulos.

O Código de Processo Civil diz que a sentença **decreta** a curatela (CPC 755). De fato, a sentença é **constitutiva**, pois diz com o estado da pessoa. Ainda que a incapacidade preceda à sentença, só depois da manifestação judicial é que passa a produzir efeitos jurídicos: torna a pessoa incapacitada para os atos da vida civil. Como bem refere Pontes de Miranda, a sentença, se bem que constitutiva, não cria a incapacidade.[51]

A sentença deve ser **registrada** no Cartório do 1º Ofício das Pessoas Naturais da comarca em que tramitou a ação e anotada no **assento de nascimento** e **casamento** do interditado (LRP 29 V, 92 e 93), e imediatamente publicada na **rede mundial de computadores**, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por seis meses. Deve ser publicada uma vez na imprensa local e três vezes no órgão oficial, com intervalo de 10 dias. Do edital deve contar os nomes do interdito e do curador, a causa da curatela e seus limites (CPC 756 § 3º). Não sendo total a curatela, devem ser especificados os atos que o curatelado pode praticar autonomamente.

50. IBDFAM – Enunciado 25: Depende de ação judicial o levantamento da curatela de pessoa interditada antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

51. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, IX, 346.

O uso da expressão **imediatamente** não significa que a sentença produz efeitos desde logo nem que o recurso disponha de **efeito suspensivo**. Mas é possível a nomeação de curador provisório.

Depois de registrada a sentença, o curador é intimado para, em 5 dias, prestar o **compromisso** em livro próprio (CPC 759 e LRP 93) e assumir a administração dos bens do curatelado (CPC 759 § 2.º).

Atos praticados **antes da sentença** podem ser desconstituídos via **ação** anulatória. Quer para assegurar a **segurança das relações jurídicas**, quer para prestigiar o **princípio da boa-fé**. Conforme Flávio Tartuce afirma, é necessário levar em conta a eticidade e a valorização da boa-fé, marcos teóricos importantes do Direito Civil contemporâneo.[52] Mas é necessária a prova de que a incapacidade já existia ao tempo da realização do ato impugnado.[53]

Com referência aos atos praticados depois da decretação da curatela, não há necessidade de qualquer prova para o reconhecimento da nulidade e consequente desconstituição (CC 166 I).

Como o juiz pode determinar a prestação de **caução na tutela** (CC 1.745 parágrafo único), pode impô-la na curatela (CC 1.774).

A autoridade do curador estende-se aos **bens** que se encontravam sob a guarda e a responsabilidade do curatelado (CPC 757).

Cabe ao curador buscar **tratamento** e **apoio** apropriados à autonomia do curatelado (CPC 758).

Desatendendo o curador os deveres de seu encargo, ele pode ser **destituído**. O Ministério Público ou quem tem legítimo interesse podem pleitear a **remoção** do curador (CPC 761 e ECA 201 III). Em caso de extrema gravidade, é possível a **suspensão liminar** do encargo (CPC 762). Fica o curador responsável pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, tenha causado ao curatelado. Também se sujeita à destituição do exercício da

52. Flávio Tartuce, Direito Civil – Direito de Família, 804.

53. Agravo em recurso especial. Em regra, a sentença de interdição não tem eficácia retroativa, sendo válidos os negócios jurídicos praticados até o seu proferimento, nos termos do art. 1.773 do Código Civil. No entanto, havendo prova robusta de que foram praticados atos sem que a pessoa estivesse no pleno domínio de suas faculdades mentais, podem ser anulados. Em que pese a incapacidade civil do autor, ora apelante, somente tenha sido reconhecida no ano de 2006, com a decretação da interdição, há provas contundentes nos autos de que, à época da celebração do negócio jurídico objeto de discussão, ele já era incapaz para os atos da vida civil, fato que autoriza a anulação do pacto celebrado, com a reintegração do autor na posse do imóvel. (STJ – AREsp 921907 RS 2016/0137799-4 (Dec. Monocrática), Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. DJ 14/03/2019).

curatela se cometer **crime doloso** contra o curatelado, punido com pena de reclusão. Trata-se de **efeito anexo** da condenação (CP 92 II).

Todos os delitos cometidos contra pessoas com deficiência pelo seu curador ensejam a majoração de um terço da pena (EPD 89 a 91).

Exercida a curatela por **prazo determinado** e não solicitada a exoneração, o curador é automaticamente **reconduzido** (CPC 763).

Possível a **substituição** voluntária do curador, a ser requerida nos mesmos autos.[54] Justificado o pedido, basta haver a concordância de quem irá substituí-lo. Necessário somente que o curador preste contas, se a isso estiver obrigado (CPC 763 § 2.º).

33.12. LEVANTAMENTO DA CURATELA

Cessada a causa da incapacidade, a curatela deve ser levantada (CPC 756). O pedido pode ser formulado pelo **curatelado**, pelo **curador**, por qualquer dos legitimados para promover a curatela, ou pelo **Ministério Público**.[55]

Intentada a ação pelo curatelado ou pelo agente ministerial, o **curador** deve ser citado, pois se sujeita aos efeitos da sentença. Com a procedência da ação, fica dispensado do encargo, devendo proceder à **prestação de contas**.

O pedido de levantamento é **apensado** aos autos da curatela.

Após a entrevista, o juiz nomeia **perito** ou **equipe multidisciplinar** para proceder ao exame do curatelado.[56]

---

54. Ação de interdição. Curatela. [...] Pedido de substituição de curador nos próprios autos. Possibilidade. Recurso provido. O instituto da curatela destina-se à proteção daqueles que, conquanto maiores, não possuem condições de reger a própria vida e administrar o seu patrimônio. Trata-se de um procedimento de jurisdição voluntária com regramento específico previsto do art. 747 a 763 do CPC, mais simplificado em geral em relação ao procedimento comum, mais célere em razão do interesse público envolvido para tutelar os interesses do incapaz. A mera substituição da pessoa do curador por outro sem oposição, deve ser processada como incidente interno a ser solucionado no bojo dos autos da interdição, não havendo disposição processual que fixe a necessidade de ação autônoma para a nomeação de curador em substituição a outro. (TJMG – AC 10000191636976001, Rel. Wilson Benevides, j. 14/06/0020).

55. JCJF – Enunciado 57 – Todos os legitimados a promover a curatela, cujo rol deve incluir o próprio sujeito a ser curatelado, também o são para realizar o pedido do seu levantamento.

56. Ação de levantamento de interdição. Elementos que recomendam a manutenção da curatela. [...] Imprescindibilidade de prévia perícia, para o levantamento da curatela, nos termos do art. 756, § 2º, do CPC/2015. Relatório psiquiátrico apresenta-

Apresentado o **laudo**, é designada **audiência de instrução e julgamento**.

Levantada a curatela, a sentença, que dispõe de **eficácia constitutiva**, está sujeita à mesma publicidade do seu decreto (CPC 756 § 3.º).

Pode ocorrer o **levantamento parcial** da curatela quando demonstrada capacidade para a prática de alguns atos da vida civil (CPC 756 § 4.º).

LEITURA COMPLEMENTAR

CAMINHA, Anelize Pantaleão Puccini. *O casamento da pessoa com deficiência:* o Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos no casamento à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. *Autocuratela*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COSTA, Ligia Bertaggia de Almeida. *40 anos da Lei do Divórcio*: o atendimento ao princípio da liberdade e da autonomia da vontade. São Paulo: Manole, 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O Direito de Família entre o Código Civil e a Lei Brasileira De Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 579-618.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 519-540.

______. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 743-828.

SOUZA, Iara Antunes de. *Estatuto da pessoa com deficiência*: curatela e saúde mental. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

---

do pelo agravante que atesta a continuidade do tratamento, nada dispondo sobre a possibilidade de levantamento da interdição. Vida e integridade do agravante bem preservadas com a curatela. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP – AI 22172827220198260000 SP 2217282-72.2019.8.26.0000, 9ª C. Dir. Priv., Rel. Angela Lopes, j. 12/11/2019).

34

ASPECTOS INTERNACIONAIS

Sumário: 34.1. Nascimento – **34.2.** Casamento: **34.2.1.** No estrangeiro; **34.2.2.** De estrangeiros – **34.3.** Divórcio e dissolução de união estável: **34.3.1.** Partilha de bens – **34.4.** Guarda e convivência – **34.5** Alimentos – **34.6.** Adoção – **34.7.** Sequestro Internacional – **34.8.** Reflexos sucessórios – Leitura Complementar.

Referências legais: CR 5.º 3.º e 5.ª XXX e XXXI, 227 § 5.º; Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), 7.º, 12 e 18; Decreto 10/1958 (Convenção de Nova York); Decreto. 3.413/2000 (Convenção da Haia sobre subtração internacional de crianças); Decreto 9.176/2017(Convenção da Haia sobre Cobrança Internacional de Alimentos); Decreto 9.734/2019 (Promulga o texto da Convenção Relativa à Citação, Intimação e Notificação no Estrangeiro de Documentos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial, firmado na Haia, em 15 de novembro de 1965); CC 1.544; CPC 21 a 41; Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) 51 a 52-D; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos) 32 § 1.º; Lei 13.445/2017 (Lei de Migração), 55, I, a e b; STJ - Resoluções 09/2005 e 155/2012; CNJ - Resolução 257/2018 e Recomendação 23/2016.

A globalização eliminou distâncias e a mobilidade das pessoas é total. Todos têm acesso a todos os lugares. E como o amor não tem fronteiras, o surgimento de vínculos afetivos é inevitável. Como o seu fim também é previsível, divórcios podem ocorrer cá ou em qualquer parte do mundo.

Surge daí uma gama enorme de situações que ensejam respostas diferenciadas. Afinal, cada país tem a sua soberania, com legislações diversas e diferentes consequências jurídicas para situações idênticas.

Estas questões são afetadas ao **Direito Internacional Privado**. No Brasil se encontram regulamentadas na Constituição da República (12 I a); Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 4.657/1942, 7.º, 12 e 18), Lei de Migração (Lei 13.445/2017) e em normas esparsas da legislação infraconstitucional (CC 1.544 e CPC 21 a 41). Também inúmeros tratados e convenções internacionais – que equivalem a emendas constitucionais (CR 5.º 3.º) – regem as relações de família e contêm regras específicas de cooperação jurídica, administrativa e jurisdicional.[1]

No Brasil, o Direito das Famílias é regido pela **lei do domicílio** (LINDB 7.º). O CPC traz normas específicas sobre jurisdição e cooperação jurídica internacional que se aplicam ao Direito das Famílias. Inclusive consagra princípios para a cooperação jurídica internacional (CPC 26).

Famílias transnacionais e multiculturais são percebidas pelas instituições num espaço de governança global, alteridade e responsabilidade social. Harmonia, diversidade, tolerância, respeito ao estrangeiro, autonomia e liberdades, democracia e justiça, são valores que se introjetam nas situações mais corriqueiras da vida internacional da pessoa.[2]

34.1. NASCIMENTO

Todo o nascimento ocorrido no território nacional precisa ser levado a registro (LRP 50). Os brasileiros **nascidos no estrangeiro** devem ser registrados nas embaixadas ou consulados brasileiros do país em que ocorreu o nascimento.

Os filhos de **diplomatas** e de quem esteja no estrangeiro a serviço do país são considerados **brasileiros natos** (CR 12 I *a*). Daí a necessidade de constar a **profissão dos pais** no assento de nascimento e nas respectivas certidões (LRP 54 7.º).

O registro de nascimento de filhos de funcionários de Missões Diplomáticas e Consulares estrangeiras, a serviço no Brasil, deve ser efetuado no Livro "E" do Registro Civil. Segundo Recomendação do Conselho Nacional de Justiça,[3] deve constar do assento e da respectiva certidão a seguinte observação: *O registrando não possui a nacionalidade brasileira, conforme o art. 12, inciso I, alínea "a"*, in fine *da Constituição Federal.*

1. Fabrício Polido elenca 25 tratados e convenções internacionais. (A família nas relações privadas, transnacionais, 889).
2. Idem, 885.
3. CNJ – Recomendação 23/2016.

34.2. CASAMENTO

As pessoas circulam pelo mundo e podem casar com quem quiser e onde lhes aprouver. E o casamento é universal! Vale em todo e qualquer lugar, independentemente de onde se realizou e quem casou com quem: sejam pessoas de uma mesma nacionalidade ou de nacionalidades diversas.

O casamento levado a efeito no exterior segue as **formalidades** do país em que for **celebrado**. E, se é válido no estrangeiro, é aqui reconhecido. Trata-se de **ato jurídico perfeito** e, por conseguinte, existe, é válido e eficaz.

Há que se atentar a diferentes possibilidades: casamento realizado no exterior ou casamento de estrangeiro no Brasil. Quando um ou os dois noivos são brasileiros, o casamento é realizado no consulado ou embaixada. O Conselho Nacional de Justiça expediu resolução disciplinando o traslado de certidões de registro civil de pessoas naturais emitidas no exterior.[4]

34.2.1. No estrangeiro

Quer sejam ambos ou somente um dos noivos **brasileiros**, o casamento no exterior pode ocorrer perante as autoridades diplomáticas ou a autoridade local.

Realizado no estrangeiro na sede da embaixada ou do consulado, o casamento segue as regras do direito pátrio e vale desde logo (LINDB 18 e LRP 32 § 1.º).[5]

No prazo de **180 dias** do retorno de um ou de ambos os cônjuges para o Brasil, o casamento deve ser levado a registro no **Cartório do Registro Civil** do local onde o casal residia ou passaram a residir (CC 1.544).

O registro serve para dar **publicidade** ao ato, mas o descumprimento desta providência não afeta a higidez do casamento.[6] O registro dispõe de eficácia **declaratória** e não constitutiva. O casamento existe e produz efeito desde sua celebração – **efeito *ex tunc*** – e não a partir do registro. É o que sustenta Jacob Dolinger: apesar da expressão legal, não foi intenção do legislador obrigar o registro do casamento, cuja validade independe do

4. CNJ – Resolução 155/2012.
5. Anderson Passos, O casamento no Direito Internacional.
6. Adler Martins, Regulação de casamentos e divórcios internacionais.

registro legal.[7] Aliás, a providência seria até desnecessária, porque os espaços diplomáticos são considerados território nacional. Ou seja, o casamento não foi celebrado no estrangeiro.

34.2.2. De estrangeiros

O **casamento** de estrangeiros pode ser realizado no Brasil perante a autoridade diplomática do país de origem dos noivos, aplicando-se a respectiva legislação. No entanto, é preciso que sejam obedecidas as exigências e formalidades da lei brasileira (CC 1.525 a 1.542). É necessário que ambos sejam da **mesma nacionalidade**, pois somente podem casar perante a autoridade diplomática ou consular do respectivo país (LINDB 7.º § 1.º).

O casamento de **estrangeiros** ocorrido no **exterior** deve ser levado a registro no Brasil. A omissão, no entanto, não afeta a higidez do casamento, mas subtrai sua eficácia no território nacional. A exigência não diz somente com o casamento, mas a todos os documentos de procedência estrangeira para surtir efeitos com relação a terceiros (LRP 129 § 6.º). A finalidade é dar-lhe **publicidade**.

Sempre que o casamento ocorrer no **estrangeiro**, o registro no Brasil está condicionado ao reconhecimento de que a lei do local da celebração não fere a ordem pública nacional e os bons costumes (LINDB 17). O conceito de "bons costumes" é mais do que vazio, de ordem exclusivamente subjetiva, tangenciando a arbitrariedade.

O exemplo sempre invocado diz com os países que admitem a **poligamia**. Carlos Boucault afirma que a legislação do Direito Internacional Privado está anacrônica. É de uma época em que o **multiculturalismo** não tinha, nem de longe, a tônica que tem hoje, com a economia globalizada, e que, consequentemente, tem um outro fluxo familiar e de pessoas cada vez mais internacionalizadas. Como a hermenêutica constitucional dá a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil os mesmos direitos (CR 5.º), há que se aplicar o princípio da **menor intervenção estatal**. Sendo assim, é possível o registro de casamento poligâmico estrangeiro em cartório brasileiro. Direito que se sustenta, em síntese, no respeito à identidade cultural dos povos.[8]

Quanto ao **regime de bens** – quer convencional, quer legal – a regra é a do **domicílio dos noivos**. Caso sejam de países diferentes, do primeiro domicílio conjugal (LINDB 7.º § 4.º).

---

7. Jacob Dolinger. Direito Civil Internacional, 49.
8. Carlos Boucault, Multiculturalismo e Direito de Família..., 169.

O estrangeiro casado que se **naturalizar** brasileiro pode adotar o **regime da comunhão parcial de bens.** Basta haver a concordância do cônjuge, devendo o pedido ser formulado quando da entrega do decreto de naturalização (LINDB 7.º § 5.º).

Não será **expulso** do Brasil o estrangeiro cujo cônjuge ou companheiro resida no Brasil. É assegurado de aqui permanecer, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente (Lei 13.445/2017, 55, II, letra *b*). A confusa redação do dispositivo certamente buscou garantir o direito aos casais homoafetivos. No entanto, é possível sua **extradição**, conforme já sumulou o STF.[9]

34.3. DIVÓRCIO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL

Findo o amor eterno que atravessou fronteiras, a dissolução tanto do casamento quanto da união estável precisa obedecer às regras de **competência internacional.**

A competência brasileira é determinada pela **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro** (LINDB 7º) e pelo **Código de Processo Civil** que, além de estabelecer os limites da jurisdição nacional (CPC 21 a 25), traz regras de cooperação internacional (CPC 26 a 41).

Sendo um ou ambos os cônjuges ou companheiros **brasileiros**, é de competência da Justiça pátria a dissolução da união formalizada no **estrangeiro.** Ainda quando o casal resida no Brasil e o casamento tenha sido levado a **registro cartorário** (LINDB 7.º).

Apesar de o divórcio ser um direito personalíssimo (CC 1.582), podem os divorciandos estar representados por procurador com poderes especiais. No entanto, a sentença só é homologada se o divórcio tiver sido obtido por procuração, em país de que os cônjuges eram nacionais.[10]

Mesmo que não levado a registro o casamento, o divórcio pode ocorrer no Brasil. A dissolução da união estável, também. As autoridades diplomáticas e consulares brasileiras no exterior podem homologar o divórcio ou a dissolução da união estável consensual de brasileiros, se inexistirem filhos menores ou incapazes.

---

9. STF – Súmula 421: Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro.
10. STF – Súmula 381: Não se homologa sentença de divórcio obtida por procuração, em país de que os cônjuges não eram nacionais.

Estrangeiros casados em outros **países**, mas residindo no Brasil, podem aqui promover o divórcio.

Independente do lugar onde ocorreu o casamento, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, levado a efeito o **divórcio ou o término da união estável no estrangeiro**, para a dissolução ser reconhecida no Brasil é indispensável obedecer às condições estabelecidas para eficácia das sentenças estrangeiras (LINDB 7.º § 6.º): a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, não dispõe de conteúdo decisório. Somente confere se a retenção não fere a soberania nacional ou a ordem pública e verifica a regularidade da documentação.[11]

É necessário aguardar o decurso do prazo de **um ano** da sentença do divórcio ou da separação judicial para ser buscada sua homologação (LINDB 7.º § 6.º). A exigência não subsistente. Basta atentar a lei data do não de 1942 – primeira metade do século passado! – quando sequer o divórcio havia sido instituído no Brasil.

Por incrível que pareça, no ano de 2010 foi movimentada a máquina dos poderes legislativo e executivo para alterar tão somente uma nomenclatura: a Lei de Introdução ao Código Civil passou a chamar-se Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Nada mais. Sequer houve o cuidado de adequá-la à reforma constitucional que terminou a separação e eliminou prazos para a concessão do divórcio.

Deste modo, impositivo uma releitura de seus dispositivos dentro da moldura constitucional. Não cabe exigir o decurso de qualquer prazo para a homologação do divórcio. Também é inadequado falar em **homologação de sentença estrangeira** porque, mundo afora, como acontece aqui, o di-

---

11. Pedido de homologação de sentença estrangeira. Divórcio. Decisão prolatada pela justiça dos EUA. Requisitos para homologação da sentença estrangeira. Preenchimento. Deferimento. 1. Controvérsia que se cinge a apreciar pedido de homologação de sentença de dissolução de vínculo matrimonial proferida pela Justiça norte-americana. 2. O STJ exerce juízo meramente delibatório nas hipóteses de Homologação de Sentença Estrangeira. Vale dizer, cabe ao STJ, apenas, verificar se a pretensão trouxe os documentos exigidos e atende aos requisitos previstos nos arts. 3º e 5º da Res. STJ 9/2005 e nos arts. 216-C1 e 216-D do RISTJ, bem como se não fere o disposto no art. 216-F do RISTJ e no art. 6º da citada Resolução. 3. A documentação apresentada preenche os requisitos da homologabilidade enunciados pelo art. 5º da Resolução 9, de 2005, além de não ferir a soberania ou a ordem pública, o que impõe o acolhimento do pedido formulado na inicial. 4. Pedido que consiste, de fato, em mero requerimento de regularização, no Brasil, da condição de estado do requerente. 5. Pedido de homologação de sentença estrangeira deferido. (STJ – HDE 1131 EX 2017/0298482-0, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 07/08/2019).

vórcio pode ser levado a efeito extrajudicialmente, não havendo sentença que se sujeite à homologação. Resolução do STJ admite a homologação de provimento não judicial que, pela lei brasileira, tem natureza de sentença.[12]

O ato homologatório é de **competência** do Superior Tribunal de Justiça (CR 105 I i), podendo ser **reexaminada** a decisão levada a efeito em outro país, conquanto seja requerida por algum interessado. Há que se questionar quem seriam os **interessados** com legitimidade para requerer o reexame de uma decisão estrangeira. Os cônjuges? Seus pais? Eventuais credores? O Ministério Público? São perguntas que não têm resposta na lei.

Há um meio de contornar todos estes entraves. Simplesmente o casal pode divorciar-se novamente no Brasil. Como a dissolução não foi homologada aqui, o casamento subsiste.[13]

Ainda que um ou ambos sejam brasileiros, caso tenham se divorciado fora do Brasil, não há impedimento para **novo casamento** no estrangeiro. No entanto, somente após o registro do divórcio aqui é possível proceder ao registro do novo casamento realizado fora.[14]

Outra hipótese prevista no Manual Consular é o casamento de brasileiro com estrangeiro divorciado. Celebrado o casamento no exterior, não há necessidade de homologação do divórcio no Brasil para se proceder ao registro.[15]

Questão que gera divergência doutrinária diz sobre a validade do **novo casamento** e eventual configuração do crime de **bigamia**, na hipótese de o divórcio realizado no exterior não ter sido homologado no Brasil. O novo casamento é nulo, anulável ou simplesmente ineficaz até que ocorra a homologação do divórcio? O Código Civil diz que não podem casar as pessoas casadas (CC 1.521 VI). O Código Penal criminaliza a bigamia (CP 235). Para o cônjuge que era casado a pena é maior (de dois a seis anos de reclusão). O cúmplice, ou seja, quem sabia que o noivo já era casado quando casou com ele, a pena é menor (reclusão de um a três anos).

A tendência é considerar o novo casamento **anulável**, pois o vício pode convalidar quando da homologação do divórcio. A dissolução do casamento levado a efeito no estrangeiro existe e é hígido. É somente **ineficaz** aqui, enquanto não homologado. Assim, não se pode falar em bigamia. Também não é necessário um "recasamento" depois do registro do divórcio.

12. STJ – Resolução 09/2005.
13. Yussef Said Cahali, Divórcio e separação, 98.
14. Manual de Serviço Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, 4.3.19.
15. Idem, 4.3.22.

Para evidenciar a conveniência da regularização registral no Brasil do casamento e do divórcio, cabe o exemplo trazido por Sérgio Pereira Diniz Botinha e Manuella Bambirra Cabral: brasileiros casados no Brasil divorciam-se nos EUA. A brasileira casa novamente com americano e não homologa seu divórcio no Brasil e nem registra o novo casamento. Seu ex-marido brasileiro falece. Ela teria direito à herança? No Brasil, ela consta ainda como casada, mas de fato ela já é divorciada e casada pela segunda vez. Há ainda a questão da disposição de bens imóveis localizados no Brasil: o cônjuge precisaria da outorga uxória, já estando divorciado no exterior, mas não tendo ainda homologado a sentença no Brasil?[16]

34.3.1. Partilha de bens

Quanto aos bens e sua partilha – quer convencional, quer litigiosa – vale a lei do **domicílio** dos nubentes. Caso residam em locais diversos, a competência é a do lugar do primeiro domicílio conjugal (LINDB 7.º § 4.º).

No que diz com os **bens imóveis localizados no Brasil**, a competência é exclusivamente a nacional (LINDB 12 § 1.º e CPC 23 I).

Com relação aos **bens localizados no exterior**, a deliberação sobre a divisão atende às regras do direito pátrio e a competência é da autoridade brasileira.

34.4. GUARDA E CONVIVÊNCIA

Quando do divórcio ou dissolução da união estável dos pais, as questões relativas à guarda e à convivência de filhos incapazes precisam estar solvidas. Não só quando o divórcio for consensual (CPC 731). Nas demandas litigiosas também é necessário que tais temas sejam trazidos a juízo (CPC 693).

Ocorre um **cúmulo de ações**. Solvida uma ou algumas das questões de forma consensual, prossegue o processo quanto aos demais pontos. É o que se chama equivocadamente de **sentença parcial** (CPC 356). Além do divórcio ou a dissolução da união estável, a definição dos alimentos e o estabelecimento do regime de visitação, comportam deliberação. Como as demandas de família são regidas pela **competência territorial** (LINDB 7.º), insere-se neste conceito tudo o que diz respeito a filhos.[17]

---

16. Sérgio Pereira Diniz Botinha, Manuella Bambirra Cabral, Eficácia no Brasil de casamento e divórcio realizados no exterior.

17. Recurso especial. Ação de modificação de guarda consensual. Foro de competência. ART. 147, I do ECA. Melhor interesse do menor. Guarda de menor. Indisponível.

A transferência e permanência de uma criança ou adolescente para outro país, sem que haja o consentimento de um dos genitores, é equivocadamente nominada de **sequestro internacional**. Quando ocorre a subtração de forma ilícita, o procedimento de repatriação é regulado pela Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, abreviadamente chamada de **Convenção da Haia.**[18]

A existência desta demanda, que injustificadamente tramita perante a **Justiça Federal**, impede que, no processo de divórcio, sejam deliberadas as questões referentes à guarda definitiva. No entanto, a guarda provisória e o estabelecimento de um regime de visitação, até o deslinde da questão internacional, compete à justiça estadual.

A **Lei de Migração** dá um salvo-conduto ao estrangeiro para que permaneça no Brasil se tiver filho brasileiro sob sua guarda, dependência econômica ou socioafetivo. Não se procede sua **expulsão** (Lei 13.445/2017, 55, II, letra a). Também tem o direito de aqui permanecer quem for tutor de pessoa brasileira.

No entanto, é possível sua **extradição**, conforme já sumulou o STF.[19]

34.5. ALIMENTOS

A prestação de alimentos é obrigação protegida, a nível global, por princípios e valores de ordem pública internacional. Daí o forte apelo no Direito Internacional Privado pela cooperação jurídica entre estados e

---

Transigível. I. O propósito recursal é julgar acerca da competência do juízo brasileiro para tratar da homologação de acordo extrajudicial de mudança de guarda de menor, tendo em vista que a avó paterna, a quem se visa transferir a guarda e com quem se encontra o menor, é domiciliada nos Estados Unidos. II. A inteligência do art. 147, inc. I, do ECA é a de que o foro competente para julgar controvérsias sobre guarda é o domicílio de quem detém a guarda de fato do infante, de forma a minimizar os impactos do litígio na vida do menor e a oferecer prestação jurisdicional a este de forma rápida e efetiva. III. A hipótese de acordo extrajudicial de mudança consensual de guarda sem controvérsia que demande o estabelecimento de processo litigioso possibilita a flexibilização da norma cogente, em atenção ao melhor interesse do menor. IV. O acordo que se limita a estabelecer forma de exercício de guarda não implica em renúncia de direito, sendo passível de transação. V. Recurso Especial conhecido e provido, para fixar o foro de competência no Brasil a homologar o acordo de transferência de guarda. (STJ - RESP 1.597.194, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/08/2017).

18. Dec. 3.413/2000.

19. STF – Súmula 421: Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro.

organizações internacionais. No plano internacional, a cobrança de alimentos, tanto pela estrutura dos judiciários nacionais para apreciação de ações dessa natureza quanto pelo reconhecimento e execução de decisões estrangeiras, tem sido encarada como questão de ordem humanitária, econômica, financeira e social, para além da tecnicidade legal que o tema poderia suscitar.[20]

A Convenção de Nova Iorque sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, foi ratificada pelo Brasil em 1958.[21] Cria um conjunto normativo para a solução de conflitos, agilização e uniformidade de mecanismos para a fixação e cobrança de alimentos quando as partes residem em países diferentes.

No Brasil, é a Procuradoria-Geral da República a Autoridade Central quem responde pela cooperação jurídica internacional sobre a prestação de alimentos. Nas localidades em que não existe Procuradoria da República, os pedidos podem ser feitos à Defensoria Pública.[22]

A Convenção da Haia sobre Cobrança Internacional de Alimentos e seu Protocolo sobre Lei Aplicável datam do ano de 2007, mas só foram ratificados pelo Brasil 10 anos depois.[23] Além de limitar a possibilidade de serem denegados pedidos de cobrança de alimentos, são autorizadas **medidas efetivas de execução**, como retenção de salários, suspensão de carteira de habilitação, alienação forçada de bens etc.

O Brasil pode processar e julgar demandas em que o **réu** esteja aqui domiciliado, qualquer que seja sua nacionalidade (CPC 22 I). Tem competência também para as ações em que o **credor** pede alimentos (CPC 53 II). A fixação da competência concorrente do juiz brasileiro determina-se a partir de dois critérios de conexão alternativos (e não cumulativos).[24] O

---

20. Fabrício Polido. A família nas relações privadas transnacionais, 906.
21. Decreto 10/1958.
22. Larissa Silva Pinto, A pensão alimentícia em âmbito internacional e seus efeitos econômicos.
23. Decreto 9.176/2017.
24. Sentença estrangeira contestada. Ação de regulação do exercício do poder paternal cumulada com alimentos e regulamentação de visitas. Requisitos para homologação da sentença estrangeira. Preenchimento. 1. É devida a homologação de sentença estrangeira que atenda os requisitos previstos no art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no art. 963 do Código de Processo Civil e nos arts. 216-A a 216-N do RISTJ, bem como não ofenda a soberania nacional, a ordem pública e a dignidade da pessoa humana. 2. Não há óbice à homologação da sentença estrangeira que disponha apenas sobre guarda de menor e direito à percepção de alimentos e de visitas,

primeiro deles refere-se ao domicílio ou residência do credor ou alimentando em território nacional; o segundo, aos vínculos do devedor com o território brasileiro, quando aquele mantenha no país "posse de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos".[25]

Mas, como lembra Rodrigo da Cunha Pereira, se a execução de alimentos dentro do próprio país, na própria cidade, já é um calvário, quando envolve outro país, as dificuldades só aumentam. Mesmo com toda a tecnologia disponível atualmente, e apesar dos Tratados Internacionais sobre a matéria, a cobrança de alimentos envolvendo dos países ainda continua sendo uma verdadeira tormenta.[26]

34.6. ADOÇÃO

A possibilidade de crianças e adolescentes perderem a nacionalidade ao serem adotadas por estrangeiros é tema que sempre gera intensos debates. Há quem considere a adoção internacional de grande valia para amenizar os aflitivos problemas sociais. Outros, no entanto, temem que se transforme em tráfico internacional ou, pior, que objetive a comercialização de órgãos. Mas a adoção tem como finalidade primordial atender ao aspecto da política social de proteção da infância, independentemente da nacionalidade dos sujeitos. O que interessa é construir uma família com todas as características psicossociais da família natural.[27]

---

sem trazer à discussão imóveis situados no Brasil, por se tratar de causa de competência concorrente (CPC/1973, art. 88), e não exclusiva, da autoridade judiciária brasileira (CPC/1973, art. 89). 3. A competência internacional concorrente, prevista no art. 88, III, do Código de Processo Civil de 1973, não induz a litispendência, podendo a Justiça estrangeira julgar igualmente os casos a ela submetidos. Eventual concorrência entre sentença proferida pelo Judiciário brasileiro e a sentença estrangeira homologada pelo STJ, sobre a mesma questão, deve ser resolvida pela prevalência da que transitar em julgado em primeiro lugar. 4. Ademais, ainda que se analisasse o presente pedido de homologação à luz do Código de Processo Civil de 2015, este também trata a matéria como de competência internacional concorrente, conforme previsão do art. 21, III, mantida, no art. 24, a regra segundo a qual a ação proposta perante tribunal estrangeiro "não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil". [...] 6. Pedido de homologação de sentença estrangeira deferido. (STJ - SEC 16121 EX 2016/0254907-5, Rel. Min. Raul Araújo, j. 15/05/2019).

25. Fabrício Polido. A família nas relações privadas transnacionais, 907.
26. Rodrigo da Cunha Pereira, Direito das Famílias, 517.
27. Rozane da Rosa Cachapuz, Da importância da adoção internacional, 289.

Trata-se de adoção admitida constitucionalmente (CR 227 § 5.º), sendo delegado à lei o estabelecimento dos casos e condições para sua efetivação por estrangeiros.

Dois instrumentos internacionais regem a matéria: a Convenção da Haia sobre Adoção Internacional, de 1993[28] e a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores de 1984.[29] Em razão disso foi criado o Programa Nacional de Cooperação em Adoção Internacional e o Conselho das Autoridades Centrais Administrativas Brasileiras.[30]

O ECA regulamenta a adoção internacional, de forma exaustiva e altamente burocratizada (ECA 51 a 52-D). Impõe tantos entraves e exigências que dificilmente um estrangeiro consegue adotar. Até parece que a intenção é impedir que ocorra. Os labirintos impostos transformaram-se em barreira intransponível para que desafortunados brasileirinhos tenham a chance de encontrar um futuro melhor fora de sua terra natal. Basta atentar que somente se dá a adoção internacional depois de esgotadas todas as possibilidades de colocação em família substituta brasileira (ECA 51 § 1.º II), havendo ainda a preferência de brasileiros residentes no exterior (ECA 51 § 2.º).

O **Conselho Nacional de Justiça** expediu Resolução[31] possibilitando a inclusão de pretendentes estrangeiros no Cadastro Nacional de Adoção. A habilitação é feita em um subcadastro.

Considera-se internacional a adoção (ECA 51): quando o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia. É chamado de **país de acolhida** aquele em que o adotante tem sua residência habitual (ECA 52 I). A adoção pressupõe a intervenção das **Autoridades Centrais Estaduais e Federal** (ECA 51 § 3.º), sendo admitida a intermediação de **organismos nacionais e estrangeiros**, sem fins lucrativos, devidamente credenciados (ECA 52 § 1.º). O credenciamento tem validade de dois anos (ECA 52 § 6.º). Semestralmente, os organismos devem apresentar relatórios pós-adotivos (ECA 52 § 4.º V) e, a cada ano, relatórios sobre o acompanhamento das adoções internacionais (ECA 52 § 4.º IV).

O pedido de adoção de brasileiro deve ser requerido à Autoridade Central do país de acolhida, que encaminha relatório à Autoridade Cen-

28. Ratificada pelo Decreto 3.087/1999.
29. Ratificada pelo Decreto 2.429/1997.
30. Decreto 10.064/2019.
31. CNJ – Resolução 289/2019.

tral Estadual de onde reside a criança (ECA 52 I, II, III). A habilitação do postulante estrangeiro ou residente fora do Brasil tem validade por **um ano**, podendo ser renovada (ECA 52 § 13).

Parecer elaborado por equipe interprofissional precisa demonstrar que o adotando se encontra preparado para ser levado a um país estrangeiro (ECA 51 § 1.º III). Tratando-se de adolescente, deve ser consultado.

A **sentença** concessiva da adoção internacional está sujeita a **apelação**, que é recebida no **duplo efeito** (ECA 199-A). Antes do trânsito em julgado da sentença, não é permitida a saída do adotando do território nacional (ECA 52 § 8.º). Somente após, o juiz determina a expedição de **alvará** com autorização de viagem e para a obtenção do passaporte.

A Autoridade Central Federal brasileira pode, a qualquer momento, solicitar informações sobre a situação das crianças e adolescentes adotados (ECA 52 § 10).

A adoção por **brasileiro residente no exterior**, realizada em conformidade com a legislação vigente no país de residência, é automaticamente recepcionada com o reingresso no Brasil (ECA 52-B). Caso contrário, deve a sentença ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (ECA 52-B § 1.º).

Quando o **Brasil for o país de acolhida**, deve emitir certificado de naturalização provisório (ECA 52-C). E se a adoção não for deferida no país de origem ou este não tiver aderido à Convenção, o processo segue o rito da adoção nacional (ECA 52-D).

Falando em adoção internacional, cabe lembrar que a adoção de estrangeiro feita por brasileiros concede ao adotado a condição de **brasileiro nato**, pois não admite a Constituição qualquer discriminação referente à filiação, nem mesmo quando decorre da adoção.

34.7. SEQUESTRO INTERNACIONAL

O fenômeno da globalização tornou todo mundo cidadãos do mundo. Mudam de país, casam com pessoas de outras nacionalidades e têm filhos. A mobilidade enseja o surgimento de inúmeros problemas em razão das diferenças entre os vários sistemas jurídicos. Daí a importância dos tratados e convenções internacionais.

As sérias consequências das mudanças internacionais de domicílio envolvendo crianças levou o Brasil a ratificar a **Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças**, mais conhecida

como **Convenção da Haia**. A convenção é de 1980, mas foi incorporada no ordenamento jurídico pátrio somente no ano de 2000.[32]

A **transferência** ilícita e a **retenção** indevida de menor, de até 16 anos (4.º), em território nacional, sem a devida autorização do outro responsável pela guarda, configura sequestro internacional parental. É ato ilegal e injustificado, o que caracteriza ofensa ao **dever de boa-fé** que deve estar presente nas relações intersubjetivas.[33]

Apesar do nome, não se trata do delito de "sequestro" previsto no direito penal. Mas não adiante, esta é a expressão popularmente conhecida. Mais técnico chamar de **subtração interparental** ou **deslocamento ilegal**.

A Convenção determina que os países ratificantes enviem de volta as crianças ilicitamente retiradas do país de sua residência habitual (1.º, *a*). Regula a guarda e o direito de visita aos infantes (5º e 21). Também serve para dar efetividade ao direito de visita de um dos pais ou parente, por meio dos mecanismos postos à disposição das autoridades centrais de cada Estado.[34]

É reconhecida como ilícita a retenção ou remoção quando houver violação do direito de guarda atribuído a uma pessoa, ou a uma instituição ou qualquer outro organismo, de forma individual ou conjunta, pela lei do Estado onde a criança tinha sua residência habitual, imediatamente antes da conduta ilícita. O direito de guarda pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo (3.º).

Considerando que as autoridades do país de origem apresentam melhores condições para decidir sobre a guarda e a vida da criança, é determinado o seu retorno imediato (16). Por isso as autoridades judiciais ou administrativas têm o prazo de seis semanas para adotar as medidas de urgência (2º) que levem a criança de volta ao seu país de origem (11).

Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda, pode comunicar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência e assegurado o retorno do infante (8.º).

No Brasil, a função de **Autoridade Central** é exercida pelo Secretário Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, e a compe-

32. Decreto 3.413/2000.

33. Marcos Duarte, Alienação parental e a Convenção..., 32.

34. Nadia de Araújo, Direito Internacional Privado..., 504.

tência para a apreciação dos casos relativos à aplicação da Convenção é da **Justiça Federal** (CR 109 III). Cabe à Autoridade Central do Estado promover a tentativa de uma solução amigável (10º). Nestes casos, possível a utilização dos procedimentos de mediação ou conciliação.

O retorno imediato deve ocorrer quando a transferência ou retenção ilícita tiver ocorrido em período inferior a **um ano**, entre o ato e o pedido apresentado às autoridades. Mesmo expirado esse prazo, deve ser ordenado o regresso imediato, salvo quando comprovado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio (12). Porém, a determinação de devolução da criança ilicitamente retirada de seu país não é um princípio absoluto. Deve-se analisar o melhor interesse da criança, princípio que tem assento constitucional (CR 227).[35]

---

35. Direito internacional. Convenção de Haia de 1980. Aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Ação de busca, apreensão e restituição de menores ajuizada pela União Federal. Comprovação da exceção prevista no art. 13, letra "b" da Convenção. Existência de risco de danos de ordem física, moral ou psicológica. Parte ré assistida pela Defensoria Pública da União. [...] Apelação provida parcialmente. Restrição imposta em medida cautelar sobre a liberdade de ir e vir dos menores. [...] 2. É imposta a aplicação da Convenção de Haia de 1980 quando se verificar o deslocamento ilícito de menor de 16 (dezesseis) anos, de seu Estado de origem, onde possui residência habitual, bem com o a sua indevida retenção, em outro Estado signatário, incidindo, em tais hipóteses, procedimentos de retorno imediato da criança. 3. Não obstante o Ato tenha esse objetivo, a cooperação promovida entre os Estados Signatários fundamenta-se, sobretudo, na preservação dos direitos do menor, notadamente quanto à sua integridade psicológica, emocional e física. 4. Nos termos do art. 12 da Convenção de Haia nos casos em que tenha decorrido menos de um ano entre a data da transferência ilícita ou retenção indevida e a data do início do processo perante ■ autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde se encontra ■ criança, seu retorno ao Estado de residência habitual deverá ser imediato e, mesmo se expirado tal prazo, essa restituição deverá ocorrer, salvo, nesta segunda hipótese, o caso de com provação de encontrar-se o menor integrado ao novo meio. 5. A Convenção prevê diversas hipóteses de exceção ao retorno do menor ao país em que tinha residência habitual: (i) o artigo 12 prevê a adaptação do menor à nova residência, quando o pedido de retorno ocorrer após um ano da transferência irregular; (ii) o artigo 13 prevê três situações distintas: (a) quando ■ pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado ■ pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; (b) quando existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar num a situação intolerável; e (c) a consideração da opinião do menor que já possui grau de maturidade adequada; e (iii) o artigo 20 prevê que o retorno poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos hum anos ■ das liberdades fundamentais. 6. Compete à autoridade administrativa ou judicial do local onde se encontra o menor a decisão sobre

São enumeradas as hipóteses em que a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno do infante (13):

- quando a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção;
- havendo risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

Também pode haver recusa quando se verificar que a criança atingiu idade e grau de maturidade em que seja apropriado levar em consideração sua opinião sobre o assunto. E recomenda: as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da

---

estas situações, nas quais pode e deve obstar o retorno do menor ao país em que ele tinha residência habitual, mesmo que ilícita tenha sido a transferência ou retenção. 7. Dado o *status* normativo dos tratados e convenções que versam sobre direitos humanos ou diversos, a interpretação das normas fundadas em tais diplomas deve se dar de forma consentânea com os parâmetros constitucionais, sendo oportuno salientar que as orientações e exceções trazidas pela Convenção de Haia de 1980 se harmonizam com o princípio constitucional da absoluta prioridade dos direitos de crianças e adolescentes, constante do art. 227 da Constituição Federal. 8. No caso, o conjunto probatório existente nos autos, formado por documentos traduzidos, relatórios de psicólogos e laudos periciais com as crianças e os genitores, comprovam a ocorrência da exceção prevista no art. 13, letra "b", da Convenção de Haia de 1980, não sendo possível afirmar que a transferência dos menores A. C. G. e T. G. de seu país de origem, para o Brasil, ocorreu de forma ilícita, pois a saída da genitora/requerida da Holanda com os filhos foi justificada pelo temor de continuar a expor o filho, então com 3 (três) anos de idade, à situação de dano psicológico, físico e moral graves, bem como a ambos os menores com o expectadores das constantes desavenças e confrontos entre os pais, com perpetração de violência física pelo varão, até mesmo em relação aos filhos. 9. Não seria exigível que a mãe e as crianças, expostas à violência por parte do pai, tivessem que aguardar que o genitor, agressor, autorizasse a viagem dos menores para o Brasil, para que aqui buscassem, junto à família materna, apoio e proteção aos seus direitos fundamentais, afetos à dignidade da vida humana. [...] 12. A constatação da exceção (art. 13, letra "b", da Convenção de Haia) que afasta a ilegalidade da conduta da genitora, restou caracterizada da valoração do conjunto probatório trazido aos autos, em especial, das avaliações psicológicas dos menores envolvidos. [...] (TRF 3ª Reg – AC 0001525-54.2016.4.03.6105, 2ª T., Rel. Des. Fed. Souza Ribeiro, p. 17/05/2019).

criança. O envio também poderá ser negado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido, com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (20).

Nos casos de sequestro internacional de crianças trazidas para o Brasil, a Autoridade Central Federal atua nos **pedidos de repatriação** enviados diretamente pela autoridade central estrangeira. Não sendo possível o acordo amigável (10), a Advocacia-Geral da União ajuíza o pedido perante a Justiça Federal. A iniciativa pode ser de **parentes**, os quais tem legitimidade para participar do processo como assistentes.

A grande discussão que se trava diz com a **competência**, em face da consagração da regra da lei do domicílio (LINDB 7.º). Como se trata de **competência absoluta** – matéria de ordem pública –, deve ser apreciada **de ofício** pelo juízo (CPC 63 § 3.º). Enquanto a ação de busca e apreensão, visando a repatriação tramita perante a **justiça federal**, a ação de guarda é proposta na **justiça estadual**. Esta ficará suspensa até o julgamento do pedido de restituição.

Cabe à Autoridade Central Brasileira requerer a atuação da **Interpol** para a localização da criança e prestar esclarecimentos sobre os trâmites e diligências referentes à Convenção. O **Ministério Público** deve acompanhar toda ação que envolva os interesses de crianças e adolescentes (CR 129 IX, CPC 178 II e 698, ECA 201 VIII). O Código de Processo Civil regulamenta a cooperação jurídica internacional (CPC 26 a 41).

Com o mesmo objetivo, foi instituído o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Desaparecidos.[36]

Para imprimir celeridade aos processos judiciais de restituição de crianças e de adolescentes, com idade de até 16 anos, o CNJ[37] determina que os processos tenham **tramitação prioritária**.

34.8. REFLEXOS SUCESSÓRIOS

Tudo que diz respeito a vínculos afetivos, que se perenizam no tempo, traz reflexos quando se desfazem pela morte de um do par. Desse modo, surgem questões na esfera do direito sucessório. A regra da competência é a mesma, quer em âmbito nacional (CC 1.785 e CPC 48), quer em internacional (LINDB 10): a sucessão abre-se no lugar do **último domicílio do falecido**.

36. Lei 12.127/2009.

37. CNJ – Resolução 257/2018.

A Constituição da República garante o **direito à herança** (CR 5ª XXX), independentemente de a morte do seu titular ocorrer no Brasil ou no exterior. O **inventário e a partilha** dos bens situados no **território nacional**, necessariamente, são aqui inventariados (LINDB 12 § 1.º).

Quando existem **bens no Brasil**, de propriedade **estrangeira**, surge uma exceção. Para atender ao **princípio da proteção da família**, cabe a aplicação da lei mais benéfica ao cônjuge, ao companheiro e aos herdeiros que forem brasileiros (CR 5.º XXXI e LINDB 10 § 1.º).

Ou seja, se a legislação do país do falecido for **mais favorável** aos herdeiros, pode ser aplicada pelo juiz brasileiro legislação estrangeira. Ele pode requerer que a parte traga a lei e comprove sua vigência (LINDB 14). O texto legal deve ser vertido ao português por tradutor juramentado (CPC 192 parágrafo único) ou o juiz nomeia um tradutor (CPC 162 I). Assim, ele vai precisar fazer um estudo de direito comparado para ver qual a legislação que irá aplicar.

LEITURA COMPLEMENTAR

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*: teoria e prática brasileira. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2011.

BOUCALT, Carlos. Multiculturalismo e Direito de Família nas normas de direito internacional privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e Cidadania*. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 170.

CAVALCANTE, Márcio André. Separação e divórcio no consulado (Lei 12.874/2013). *Revista Juris Plenun*. Caxias do Sul, ano X, n. 56, p. 9-13, mar. 2014.

DOLINGER, Jacob. *Direito Civil Internacional*: a família no Direito Internacional Privado – casamento e divórcio. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Manual de Serviço Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores.

MARTINS, Adler. *Regulação de casamentos e divórcios internacionais*. Disponível em: <http://adlerweb.blogspot.com.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *A família nas relações privadas transnacionais: aportes metodológicos do Direito Internacional Privado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 855-897.

35

QUESTÕES INTERTEMPORAIS

Sempre que entra em vigência nova Constituição, novo Código ou Lei nova surgem questionamentos a respeito de qual norma aplicar diante de situações constituídas na vigência da legislação pretérita e que perpassam para o novo regimento.

Quando do advento da **Constituição da República**, muito se questionou sobre sua aplicabilidade, apesar da expressa determinação de **vigência imediata** das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (CR 5.º § 1.º).

Com o Código Civil e o Código de Processo Civil o tema voltou à baila.

Em princípio, a lei nova vem para disciplinar as relações futuras, devendo ser preservados a **coisa julgada**, o **direito adquirido** e o **ato jurídico perfeito** (CR 5.º XXXVI).

Uma assertiva é incontestável: não há direito adquirido a um estatuto legal. Quando se está diante de situação posta na lei, pouco espaço sobra para a noção de direito adquirido.[1] Tem prevalecido o princípio *tempus regit actum*, ou seja, se a causa geradora do direito é anterior ao preceito, não se estendem à causa os efeitos previstos no direito.[2] Caso contrário, haveria uma "traição" à norma.[3]

A **irretroatividade** é a regra geral, pois a lei somente se torna obrigatória depois de ser publicada. Assim, estender sua ação para o passado é obrigar o cidadão a obedecer a lei que ainda não existe. Seria tornar vacilantes e incertas todas as relações jurídicas.[4]

O aumento do limite de idade que impõe o inconstitucional **regime da separação obrigatória** (CC 1.641 II), não tem eficácia retroativa. Assim,

---

1. Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de Direito de Família, 122.
2. Francisco José Cahali, Direito intertemporal no livro de família..., 199.
3. Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de Direito de Família, 122.
4. Mário Luiz Delgado, Problemas de direito intertemporal no Código Civil:..., 21.

se por ocasião do casamento ou no início da união estável um ou ambos possuíam menos de 70 anos, a mudança não os aproveita.[5]

Em sede de direito intertemporal, há alguns princípios bem definidos: as leis que definem o **estado das pessoas** aplicam-se imediatamente a todos que se achem nas novas condições previstas.[6]

Código Civil – Nas disposições finais e transitórias do Código Civil, apenas duas regras dizem respeito ao Direito das Famílias.

Quanto ao **regime de bens**, a previsão é de todo dispensável. Por demais óbvio que as regras sobre o regime de bens só podem vigorar a partir do casamento. Ainda assim está explicitada a aplicação da legislação pretérita quanto ao regime de bens do casamento celebrado anteriormente à sua vigência (CC 2.039).

O Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, referente ao **direito de concorrência sucessória [illegible] união estável**, criou nova regra de direito intertemporal no âmbito do Direito das Sucessões.

É a **morte** que marca a abertura da sucessão, ensejando a transferência patrimonial dos bens do falecido para os seus herdeiros (CC 1.784). No entanto, no julgamento que acabou com o tratamento diferenciado entre cônjuges e companheiros,[7] em sede de modulação dos efeitos da decisão, restou consignado que o entendimento firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido **trânsito em julgado da sentença de partilha**, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido firmada a **escritura pública**.

Código de Processo Civil – concede prioridade de tramitação aos processos em que as partes ou interessados forem (CPC 1.048):

---

5. Reconhecimento e dissolução de união estável. [...] Regime patrimonial. Conviventes que contavam 69 e 58 anos de idade à época do início da união estável. Sujeição ao regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641, II, do Código Civil). Dispositivo legal de natureza cogente. Comando protetivo que visa resguardar interesse público (proteção da pessoa idosa). Irrelevância da alteração do limite de idade para 70 (setenta) anos (Lei nº 12.344/10). Ampliação da faixa etária que não tem eficácia retroativa. [...] Recursos desprovidos. (TJSP – AC 1000538-78.2017.8.26.0418, Ac. 13663558, 7ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Rômolo Russo, j. 18/06/2020).

6. Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 379.

7. STF – Tema 809: É inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil.

- crianças ou adolescentes;
- tiverem mais de 60 anos ou que sejam portadores de doenças graves;
- vítimas de violência doméstica e familiar.

A lei processual revogou os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil. Alguns dos dispositivos foram restaurados pelo **Estatuto da Pessoa com Deficiência** (EPD). A lei processual é mais nova, no entanto, é uma lei geral, prevalecendo a lei especial. Ao depois, precisa ser interpretado de acordo com a **Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência**, que tem força de Emenda Constitucional.

Também foram revogados alguns dispositivos da **Lei da Assistência Judiciária** (Lei 1.060/1950) e os artigos da **Lei de Alimentos** referentes à execução (Lei 5.478/1968).

LEITURA COMPLEMENTAR.

CAHALI, Francisco José. Direito intertemporal no livro de família (regime de bens e alimentos) e sucessões. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 199-216.

DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Paulo Lins e. O direito intertemporal no novo Código Civil. Casamento, dissolução, filiação e união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 491-503.

BIBLIOGRAFIA

AGAPITO, Priscila. *Um divórcio nulo?* Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1491/Um+Div%C3%B3rcio+Nulo%3F>. Acesso em: 29 out. 2020.

AGUIAR JR., Ruy Rosado. Responsabilidade civil no Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (coords.). *Direitos fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 359-372.

AGUIAR JÚNIOR, Benedito Biserra de; LOUZADA, Flávio Gonçalves; CARVALHO, Lélia Júlia de. Intersexualidade e o direito à identidade: uma análise jurídica e social sobre o registro civil brasileiro. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Intersexo*: aspectos jurídicos, internacionais, trabalhistas, registrais, médicos, psicológicos, sociais, culturais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 331-362.

AGUIRRE, João. Tutela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 709-742.

______. Reflexões sobre a multiparentalidade e a repercussão geral 622 do STF. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 541-578.

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 143-161.

______. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2017.

ALMEIDA, Maria de Fátima. A mediação como método de resolução de conflitos familiares e a alienação parental. In: PEREIRA JÚNIOR, Sylvio (org.). *Mestrado em Sistemas de Resolução de Conflitos*. Rio de Janeiro: Sapere, 2015. p. 131-141.

ALVES, Antonio Luiz de Oliveira; VIEIRA, Tereza Rodrigues. A tutela dos direitos dos animais de estimação sob a ótica processual civil. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; SILVA, Camilo Henrique. *Família multiespécie:* animais de estimação e Direito. Brasília: Zakarewics Editora, 2020. p. 377-395.

ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 481-506.

______. Famílias pluralizadas: nova doutrina e experiência judiciária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família:* Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 383-392.

______. *Identidade do natimorto em dignidade do seu óbito.* Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1166/Identidade+do+natimorto+em+-dignidade+do+seu+%C3%B3bito>. Acesso em: 29 out. 2020.

AMARAL, Francisco. Direito Constitucional: a eficácia do Código Civil brasileiro após a Constituição. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 309-323.

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade*: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais. Curitiba: Juruá, 2014.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; TEIXEIRA, Gabriela Cruz Amato. Descumprimento de Deveres no Âmbito Familiar como Hipótese para a Responsabilidade Civil: Limites e Possibilidades no Direito Civil Brasileiro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil.* Porto Alegre: Magister, n. 87, p. 35-52, nov.-dez. 2018.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*: teoria e prática brasileira. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ARAÚJO, Sandra Baccara. *Pai, aproxima de mim esse cálice*: significações de juízes e promotores sobre a função paterna no contexto da Justiça. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014.

ARRUDA NETO, Pedro Thomé. A "despenalização" do Direito das Famílias. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 257-284.

ASSIS, Araken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.

______. *Manual do processo de execução*. 20. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*: com comentários à Lei 8.009/90. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

______. Casamento religioso autônomo: resgate histórico. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, ano X, n. 59, p. 17-22, set. 2014.

______. *Código Civil anotado e legislação complementar*. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

BAPTISTA, Sílvio Neves. *Guarda compartilhada*. Recife: Bagaço, 2008.

BARBEDO, Claudia Gay. A possibilidade de extensão da lei de alienação parental ao idoso. In. SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. *Família contemporânea*: uma visão interdisciplinar. Porto Alegre: IBDFAM/Letra & Vida, 2011. p. 147-158.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 9, p. 25-34, abr.-maio 2009.

BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. A responsabilidade civil pela perda de uma chance, sua intersecção com o Direito das Famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano XIII, n. 29, p. 20-37, ago.-set. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Eliene Ferreira. Uma visão de mediação familiar. In: ______; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 139-154.

______. O comportamento indigno como causa de exclusão do dever alimentar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 313-326.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Alimentos no Código Civil*: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917. v. 2.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha* – Lei 11.340/2006 e BICCA, Charles. *Abandono Afetivo*: o dever de cuidado e responsabilidade civil por abandono de filhos. Brasília: OWL, 2015.

BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no Direito de Família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de*

Família. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 41-60.

______; BERNARDES, Bruno Paiva. *Pontes para a paz em casa:* práticas e reflexões. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BOTINHA, Sérgio Pereira Diniz; CABRAL, Manuella Bambirra. *Eficácia no Brasil de casamento e divórcio realizados no Exterior*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

BOUCALT, Carlos. Multiculturalismo e Direito de Família nas normas de direito internacional privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e Cidadania*. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 170.

BRAGA, Luiz Felipe Nobre. O conceito hiperbólico, existenciário e potestativo de família. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 30, p. 108-122, out.-nov. 2012.

BRASILEIRO, Luciana. *As famílias simultâneas e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Casamento desfeito, transitoriedade e recomposição familiar. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. *Casamento*: uma escuta além do Judiciário. Florianópolis: Voxlegem, 2006. p. 293-310.

______. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (coords.). *Direitos fundamentais do Direito de Família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 255-278.

______; LIEDKE, Mônica Souza. Reprodução humana assistida: repercussões no campo de Direito de Família e nos direitos de personalidade. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (orgs.). *Direito das Famílias: por juristas brasileiras.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 365-387.

BRASILEIRO, Luciana. *As famílias simultâneas e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRITTO, Rodrigo Toscano de. Situando o Direito de Família entre os princípios da dignidade humana e da razoável duração do processo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Família e dignidade humana. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 819-842.

BRUNO, Denise Duarte. Balizando sociologicamente a questão da ética nos litígios de família. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 495-507.

______. Direito de visita: direito de convivência. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e psicanálise.* São Paulo: Imago, 2003. p. 311-324.

BUARQUE, Caroline. *Poliamor*: da aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais à legitimidade jurídica das uniões múltiplas e seus efeitos. Maceió: Imprensa Oficial Graciliano Ramos, 2017.

BÜRGUER, Marcelo L. Francisco de Macedo. Guarda, visitas e alimentos nas famílias homoparentais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 381-398.

______. As cautelares e a antecipação da tutela no Direito de Família: notas comparativas entre o código Buzaid e o novo Código de Processo Civil sob as lentes do Direito de Família. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, v. 13. jan./fev., p. 151-172.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios*: uma obrigação por tempo certo. Curitiba: Juruá, 2003.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Da importância da adoção internacional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Adoção:* aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 283-292.

CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável.* São Paulo: Saraiva, 2002.

______. Direito intertemporal no livro de família (regime de bens e alimentos) e sucessões. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 199-216.

______. Dos alimentos. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 225-237.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos.* 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no Direito de Família.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

______; TOAZZA, Gabriele Bortolan, *Filiação socioafetiva*: Repercussões a partir do Provimento 63 do CNJ. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

CALMON, Rafael. Da cumulação de pedidos de divórcio, de reconhecimento de união estável e precedente ao casamento e de partilha do patrimônio. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 30, p. 108-123, out.-nov. 2012.

______. *Direito das Famílias e Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

______. Divórcio liminar? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 123-140.

______. Notas sobre os artigos 528 a 532 do CPC. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, v. 18. nov./dez., p. 33-42.

CAMARADELLA, Mylena Rios; PÁDUA, Vanessa de. Aspectos jurídicos do parto anônimo. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6., nov./dez., p. 87-110.

CAMARGO, Joeci Machado; BÜRGUER, Marcelo L. F. de Macedo. Velhos institutos, novas ferramentas: a utilização do monitoramento eletrônico nas execuções de alimentos como medida coercitiva diversa da prisão civil. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. Curitiba: OAB-PR, v. 1, n. 2, p. 87-118, dez. 2016.

CAMINHA, Anelize Pantaleão Puccini. *O casamento da pessoa com deficiência:* o Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos no casamento à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CAMPOS, Argene; BRITO, Enrica Gentilezza de. O papel da mediação no Direito de Família: separação e guarda compartilhada. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 291-324.

CAMPOS, Wania Andréa; FIGUEIREDO, Luciana C. Duarte de. O direito à busca da origem genética na relação familiar socioafetiva. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 325-360.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Bem de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.); BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (coords.). *Direito de Família*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 240-250 (Direito Civil, v. 7).

______. *Guarda compartilhada*: uma nova realidade para pais e filhos. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br.>. Acesso em: 23 out. 2020.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. A contradição no regime da separação absoluta de bens. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 26, p. 144-158, out.-nov. 2004.

______. Liberdade de contratar o regime patrimonial de bens no casamento. Regimes mistos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 285-314.

______. Reflexões sobre a epistemologia da monogamia. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 4. jul./ago., p. 81-102.

______; ALMEIDA, Beatriz Ferreira de. Reflexões sobre a epistemologia da monogamia. *Revista IBDFAM:* Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 4. jul./ago., p. 81-102.

______; ______; MACHADO, Elton. As novas perspectivas jurídicas para as uniões simultâneas: uma análise das principais consequências de seu possível reconhecimento como entidades familiares. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 2. mar./abr., p. 64-79.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 485-512.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *A indignidade no direito aos alimentos.* São Paulo: Editora IASP, 2018.

______. *Regime de bens e pacto antenupcial.* São Paulo: Método, 2011.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio judicial e administrativo.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

______. Indenização por inadimplemento alimentar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família*: Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 341-356.

______. Multiparentalidade – equiparação ou prevalência da filiação socioafetiva com relação à biológica? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 201-224.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:* efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014.

______. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública.* 9. ed. São Paulo: GEN/Atlas, 2018.

CATAN, João Henrique Miranda Soares. *O réquiem dos contratos de namoro e a possibilidade da instituição da cláusula darwiniana.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André. Separação e divórcio no consulado (Lei 12.874/2013). *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, ano X, n. 56, p. 9-13, mar. 2014.

CEZAR, José Antônio Daltoé. *Depoimento sem dano*: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CHAVES, Marianna. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável*: reconhecimento da família multiespécie? Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

______. Famílias paralelas. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coords.). *Escritos de Direito das Famílias:* uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 39-54.

______. Famílias ectogenéticas: os limites jurídicos para utilização de técnicas de reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família*: famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 309-340.

______. *Venire contra factum proprium*: A tutela da confiança nas relações familiares. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coords.). *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 619-632.

CIAMBELLI, Viviane M. *Impacto da Alienação Parental nas avaliações psicológicas e decisões judiciais*. São Paulo: Iglu, 2012.

CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil.* In: AZEVEDO, Antonio Junqueira (coord.). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.

______. *Do nome da mulher casada.* São Paulo: Forense Universitária, 2001.

______; SIMÃO, José Fernando; FUGITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (orgs.). *Direito de Família no novo milênio* – Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Marcus Filipe Freitas. Da descabida vedação imposta pelo CPC ao parcelamento da dívida em fase de cumprimento de sentença. *Revista Jus Navigandi,*

ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6208, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83571>. Acesso em: 27 out. 2020.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. *Autocuratela*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COLARES, Marcos. *A sedução de ser feliz*: uma análise sociojurídica dos casamentos e separações. Brasília: Letraviva, 2000.

COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Limites na formação do vínculo parental em razão do afeto. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, n. 13, p. 43-59, jul./ago. 2016.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Da tutela e da curatela. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 341-375.

______. Referências sobre o contrato de união estável. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005. v. 4, p. 415-469.

______. A Família Hoje. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre, n. 7, p. 5-20, jul./ago. 2015.

CORSO, Diana. *Socorro, barata!* Disponível em: <http://www.marioedianacorso.com/socorro-barata>. Acesso em: 23 out. 2020.

COSTA, Demian Diniz da. *Famílias monoparentais*: reconhecimento jurídico. Rio de Janeiro: Aide, 2002.

COSTA, Jurandir Freire. Família e dignidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 15-28.

COSTA, Ligia Bertaggia de Almeida. *40 anos da Lei do Divórcio*: o atendimento ao princípio da liberdade e da autonomia da vontade. São Paulo: Manole, 2018.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. *Os limites da obrigação alimentar dos avós*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família*: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DANTAS, Ana Florinda. A divisibilidade dos frutos no regime de bens do casamento e na união estável: o que são frutos? *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família*: Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 29-38.

______. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 113-154.

DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1995.

DELGADO, Mário Luiz. Divórcio. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 639-694.

______. Diferenças entre união estável e casamento: quando a desigualdade é (in)constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 379-392.

______. *Guarda alternada ou guarda compartilhada com duas residências*? Disponível em: < <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

______. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários? *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2017, v. 23. set./out., p. 33-58.

______. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DIAS, Luciano Souto; SOUZA, Talita Figueiredo. Alimentos avoengos: a obrigação conjunta dos avós paternos e maternos pela prestação alimentícia aos netos. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, ano XI, n. 62, p. 107-126, mar./abr. 2015.

______; NUNES, Izabela Boyher. Medidas processuais para combater as fraudes e simulações empresariais na partilha de bens. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, ano XI, n. 63, p. 61-74, maio/jun. 2015.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

______. *Alimentos: direito, ação, eficácia e execução*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

______. *Divórcio*: Emenda Constitucional 66/2010 e o CPC. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

______. *Filhos do Afeto*: questões jurídicas. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

______. Incesto e o mito da família feliz. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental:* realidades que a justiça insiste em não ver. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 153-185.

______. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

______. *Manual das Sucessões*. 7. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020.

______; OPPERMANN, Marta Cauduro. Multiparentalidade: Uma realidade que a justiça começou a admitir. *Revista Juris Plenum*. Caxias do Sul: Plenum, n. 65, p. 13-20, 2015.

DIDIER JR., Fredie. A recusa da parte a submeter-se a exame médico: o art. 232 do Código Civil e o Enunciado n. 301 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Ed. RT, n. 25, p. 177-180, 2006.

______. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 1.

______; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

______. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 5.

______. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIUANA, Solange; LADVOCAT, Cynthia. *Guia de adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família*. São Paulo: Roca, 2014.

DOLINGER, Jacob. *Direito Civil Internacional*: a família no Direito Internacional Privado – Casamento e divórcio. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DONOSO, Denis; SÁ, Renato Montans de. Penhora de bens por meio eletrônico. In: BRUSHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (coords.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2009. v. 3. p. 147-174.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A angústia das crianças diante dos desenlaces parentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

______. *A guarda dos filhos na família em litígio*: uma interlocução da psicanálise com o direito. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DUARTE, Marcos. *Alienação parental*: restituição internacional de criança e abuso de direito de guarda. 2. ed. Fortaleza: Leis e Letras, 2014.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (orgs.). *Leituras complementares de Direito Civil* – Direito das Famílias. Salvador: Juspodivm, 2010.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, n. 52, p. 5-33, jul. 1991.

FACHIN, Luiz Edson. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família*: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Ed. RT, 1995. v. 2, p. 170-185.

______. *Da paternidade, relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

______. *Elementos críticos do Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

______. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

______. Famílias: entre o público e o privado. Problematizando especialidades à luz da fenomenologia paralática. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 23, p. 5-14, ago.-set. 2011.

______. *Prisão civil do devedor de alimentos no novo CPC*. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 23. out. 2020.

______; FACHIN, Rosana Amara Girardi. Igualdade e diferença na constitucionalidade da Lei Maria da Penha. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das Famílias*: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 341-342.

______; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação socioafetiva e alimentos. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das Famílias*: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 551-563.

FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 133-150.

FALKAS, Melanie. O luto de uma separação. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003. p. 365-370.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A *disregard doctrine* a serviço da proteção do patrimônio familiar e sucessório. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 9, p. 125-128, abr.-maio 2009.

______. A família parental. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 251-282.

______. A legitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos: uma questão constitucional. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 8, p. 39-51, jan.-mar. 2001.

______. A teoria da perda de uma chance aplicada no Direito de Família: utilizar com moderação. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 7, p. 46-63, dez.-jan. 2009.

______. A tutela jurídica da confiança aplicada ao Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 241-272.

______. *Escritos de Direito e Processo das Famílias*: novidades e polêmicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

______. *O Novo Procedimento da Separação e do Divórcio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

______. O valor e a eficácia jurídica das escrituras das uniões poliafetivas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 683-699.

_____. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão). *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 105-126.

______; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Teoria geral e LINDB. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

______; ______. *Curso de Direito Civil:* Famílias. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 6.

______; _____; NETTO, Felipe Braga. *Manual de Direito Civil.* 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

FERNANDEZ JÚNIOR, Enio Duarte. O rompimento do vinculo biológico derivado da adoção: a relatividade dos efeitos do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente como externalidade do direito fundamental da personalidade. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, ano XI, n. 61, p. 81-100, jan./fev. 2015.

FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos*: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*: filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2010.

FERREIRA, Alcionir Urcino Aires. O princípio da afetividade e a reparação civil por abandono paterno-filial. *Revista Consulex*, Brasília, ano XII, n. 272, p. 59-63, maio 2008.

FERREIRA, Cristiana Sanches Gomes. *Análise econômica do divórcio*: contributos da economia ao Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

FERREIRA NETO, Ermiro. Interpretação telefônica no âmbito do Direito das Famílias: critérios de utilização à luz de uma interpretação constitucional do Direito Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 19, p. 76-87, dez.-jan. 2011.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. Responsabilidade civil nas relações de conjugalidade e de filiação: abandono material e imaterial ("abandono afetivo") e dano moral. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre, n. 13, p. 5-31, jul./ago. 2016.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

______; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação parental*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIGUEIREDO, Luciano. Alimentos compensatórios: compensação econômica e equilíbrio patrimonial. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família*: Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 553-570.

______. Afinal: é namoro ou união estável? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 403-426.

______; FIGUEIREDO, Roberto. *Manual de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2020.

FILAGRANA, Tatiana C. dos Reis. *Responsabilidade Civil nos casos de alienação parental*. Florianópolis: Voxlegem, 2017.

FREITAS, Douglas Phillips. *A função sócio-jurídica do(a) amante*. Florianópolis: Conceito, 2008.

______. *A nova guarda compartilhada*. Florianópolis: Voxlegem, 2017.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Família monoparental. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). *Direito Civil*: direito patrimonial e direito existencial. São Paulo: Método, 2006.

______. Filiação. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.); BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (coords.). *Direito de Família*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 190-205 (Direito Civil, v. 7).

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de Direito Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 6.

______. *Direitos da(o) amante*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11500/direitos-da-o-amante>. Acessado em: 1 out. 2020.

______; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil.* Parte geral. v. 1. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

______; ______. *Manual de Direito Civil.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

______; ______. *O divórcio na atualidade.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação.* O biodireito e as relações parentais. O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

______. A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 347-382.

______. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 101-132.

______; CASTRO, Diana Loureiro. A releitura do instituto da capacidade à luz da autonomia do idoso nas relações existenciais. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov.-dez., p. 35-60.

GANDRA, Cristiane Giuriatti; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Critérios de aplicação do regime de participação final nos aquestos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos de Oliveira (orgs.). *Problemas no Direito de Família.* Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 409-426.

GARBIN, Rosana Broglio. *Famílias monoparentais*: da visão singular ao modelo plural. A teoria e a prática dos saberes do cotidiano. Porto Alegre: Ajuris, 2005.

GERBASE, Ana Brúsolo. Lidando com os conflitos em Direito de Família. In: PEREIRA JÚNIOR, Sylvio (org.). *Mestrado em Sistemas de Resolução de Conflitos.* Rio de Janeiro: Sapere, 2015. p. 20-32.

GHILARDI, Dóris. *Economia do afeto*: análise econômica do direito no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GIMENEZ, Angela. *A guarda compartilhada e a igualdade parental.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado: inclusive o novo código civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A adoção do nascituro.* Disponível em: <http://www.coad.com.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

______. *Alimentos gravídicos.* Disponível em: <http://www.espaco-vital. com.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

______. Notas sobre a adoção póstuma. In: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de *et al.* (coord.). *Infância em família*: um compromisso de todos. Porto Alegre: IBDFAM, 2004. p. 197-210.

______. O casamento avuncular. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, ano V, n. 27, p. 74-75, set.-out. 2006.

______. O Direito de Família e as provas ilícitas. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (coords.). *Direitos fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 139-170.

GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

GOMES, Magno Federici; OLIVEIRA, Marina de Sá Souza; BATISTA, Patrícia. A partilha na união estável: a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro e a sustentabilidade pela dignidade da pessoa humana. *Revista Juris Plenum*. Caxias do Sul: Plenum, n. 88, jul./ago. 2019. p. 137-150.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*: Família. 17. ed., v. 6. São Paulo: Saraiva, 2020.

GOZZO, Débora. Apontamentos sobre o patrimônio no casamento e na união estável. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 137-159.

______. Decretação *ex officio* do casamento nulo. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 2, p. 43-58, jul.-set. 1999.

______. O direito fundamental à intimidade x o direito fundamental à identidade genética. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das Famílias*: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 423-441.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas* – Novas uniões depois das separações. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

______. *Guarda compartilhada*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

______. Será verdadeiramente plena a adoção unilateral? *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 11, p. 31-45, out.-dez. 2001.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Guarda compartilhada e relacionamento familiar* – Algumas Reflexões Necessárias. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

GROSSMAN, Cecília; ALCORTA, Irene Martínez. *Familias ensambladas*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000.

GUAZZELLI, Mônica. A falsa denúncia de abuso sexual. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental:* realidades que a justiça insiste em não ver. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 33-60.

______. Usucapião por abandono do lar conjugal: repercussões no Direito de Família. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 28, p. 97-110, jun.-jul. 2012.

GURGEL, Fernanda Pesanha do Amaral. *Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A indignidade como causa de escusabilidade do dever de alimentar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 155-166.

______. Famílias paralelas. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 1. jan./fev., p. 55-69.

______. *Direito Civil*: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

______. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 1, p. 7-17, abr.-jun. 1999.

______. O conceito de família e sua organização jurídica. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 27-97.

______. Sobre peixes e afeto – um devaneio sobre a ética no Direito de Família. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, v. 1. p. 426.

JAFET, Danilo Haddad. Hipóteses de aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito de Família. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: LexMagister, v. 2, n. 9, p. 33-58, nov.-dez. 2015.

JOBIM, Marcio Felix. *Confiança e contradição:* a proibição do comportamento contraditório no direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003. p. 163-178.

KREUZ, Sergio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente*: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012.

LAGRASTA NETO, Caetano. Diálogos de um juiz. In:______; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família:* novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011.

______. Guardar ou alienar – A síndrome da alienação parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, ano XIII, n. 25, p. 33-45, dez.-jan. 2012.

______. Alienação parental. In: ______; SIMÃO, José Fernando (coords.). *Dicionário de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1: A-H, p. 50-53.

LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. São Paulo: Almedina, 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

LIMA, Márcia Fidelis. Os atos registrais da filiação socioafetiva e os avanços do Provimento n. 63 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 427-446.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. Separação de corpos: o exercício do direito de deixar o lar conjugal. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 323-340.

______. *O estatuto jurídico das relações homoafetivas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

LIMA, Taisa Maria Macena. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 621-631.

LÔBO, Fabíola. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 347-366.

______. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 139-155.

______. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de*

Direito de Família. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 161-197.

LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (orgs.). *Direito de Família*: processo, teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 101-116.

______. *Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

______. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 24, p. 136-156, jun.-jul. 2004.

______. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 26, p. 5-17, out.-nov. 2004.

______. *Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

______. Despatrimonialização do Direito de Família. *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão*. São Luiz: TJMA, v. 5, n. 2, p. 29-40, jul.-dez. 2011.

______. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano V, n. 19, p. 133-156, ago.-set. 2003.

______. Direito de Família e os princípios constitucionais. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 103-134.

______. Divórcio e os modelos de separação entre o Código Civil e o Código de Processo Civil de 2015. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família*: Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 297-308.

______. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 177-189.

______. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89-107.

______. *Direito Civil*: Famílias. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

______. Divórcio e os modelos de separação entre o Código Civil e o Código de Processo Civil de 2015. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso*

Brasileiro de Direito de Família: Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 297-308.

______. *Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

______. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula n. 301 no STJ. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 795-810.

______. PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 11, p. 5-17, ago.-set. 2009.

______. Relações de família e direitos fundamentais. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 2. mar./abr., p. 9-22.

______. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM/Magister, n. 5, p. 5-22, ago.-set. 2008.

LOMEU, Leandro Soares. *Alimentos gravídicos avoengos*. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Alimentos – Doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LOUZADA, Flávio Gonçalves. *O reconhecimento da multiparentalidade pelo STF:* o interesse patrimonial em detrimento do afeto? Curitiba: CRV, 2019.

MACHADO, Bruno Mangini de Paula Machado. Da filiação e do reconhecimento dos filhos. In. GAGLIARDI, Rafael Villar; VENOSA, Sílvio de Salvo; NASSER, Paulo Magalhães (coords.). *10 anos do Código Civil*: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012. p. 743-776.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A verdade biológica e a verdade adotiva: a construção da identidade plena do filho adotado. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 30, p. 35-66, out.-nov. 2012.

MADALENO, Rolf. A companhia de capital fechado no Direito de Família. In: COUTO, Sergio; ______; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Direito de Família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2007. p. 341-362.

______. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, ano XIII, n. 25, p. 5-32, dez.-jan. 2012.

______. A execução de alimentos do relativamente incapaz. In: BRUSHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (coords.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2009. v. 3, p. 681-700.

______. A intributalidade da pensão alimentícia. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez., p. 11-34.

______. Alimentos compensatórios. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 589-608.

______. Casamento de menor de 16 anos – nulidade ou anulação Lei 13.811/2019. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 32, p. 09-26, mar.-abr. 2019.

______. *Direito de Família*. 10. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2020.

______. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.).

______. O débito e o crédito conjugal. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003. p. 195-204.

______. Paternidade alimentar. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (coord.). *Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade*. Porto Alegre: IBDFAM, 2007. p. 181-197.

______. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

______. Separações e anulações: culpa e responsabilidades ou fim da conjugalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). 3. ed., *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 598-623.

______; MADALENO, Rafael. *Guarda compartilhada*: física e jurídica. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MAGALHÃES, Maria Valéria de Oliveira Correia. *Alienação parental e sua síndrome*: aspectos psicológicos e jurídicos no exercício da guarda após a separação. Recife: Bagaço, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das Famílias*: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MARCON, Chimelly Louise de Resenes. *Já que viver é [ser e] ser livre:* a devida diligência como standard de proteção dos direitos humanos das mulheres a uma vida sem violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adoção de animais de companhia e estimação na família multiespécie. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; SILVA, Camilo Henrique. (coords.) *Família multiespécie:* animais de estimação e Direito. Brasília: Zakarewics Editora, 2020. p. 121-138.

MARQUES, Alinne de Souza. Uniões poliafetivas: o reconhecimento no direito brasileiro. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: LexMagister, n. 15, p. 121-138, nov./dez. 2016.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao Estatuto do Idoso*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MARTINS, Adler. *Regulação de casamentos e divórcios internacionais*. Disponível em: <http://adlerweb.blogspot.com.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação*. São Paulo: Ed. RT, v. 789, p. 21-47, jul. 2001.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e homossexualidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 69-102.

______. "Novas" entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 35-48.

______; SANTOS, Gabriel Percegone Santos, Efetividade dos alimentos na multiparentalidade. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, v. 32. mar./abr., p. 27-49.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Maria Goretti Soares. *O direito de não ser mãe*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O Direito de Família entre o Código Civil e a Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 579-618.

MIGUEL FILHO, Raduan. O direito/dever de visitas, convivência familiar e multas cominatórias. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 811-819.

MICHEL, Voltaire de Freitas. Você me paga se não me amar – uma análise histórico-filosófica dos precedentes sobre abandono afetivo no Superior Tribunal

de Justiça. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 3. mai./jun., p. 41-54.

MOLD, Cristian Fetter. Alienação parental – Reflexões sobre a Lei 12.318/2010. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, ano XIII, n. 25, p. 46-64, dez.-jan. 2012.

______. Casamento em virtude de coação: uma crítica ao art. 1.558 do novo Código Civil brasileiro. *Revista Del Rey Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 13, p. 28-29, jul.-dez. 2004.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; CAMPOS, Maria Luiza Ferraz de. O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder familiar. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/ Síntese, n. 32, p. 5-19, out.-nov. 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil*: Direito de Família. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 613-640.

______. A responsabilidade e reparação civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 829-851.

______. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

______. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-202.

______. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 31, p. 39-66, ago.-set. 2005.

______. Sobre o nome da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 7, p. 38-59, out.-dez. 2000.

MOREIRA FILHO, José Roberto. As novas formas de filiação advindas das técnicas de inseminação artificial homóloga *post mortem* e as suas consequências no Direito de Família e das Sucessões. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família*: Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 185-209.

MOTA, Larissa Nunes. *Adoção multiparental no direito brasileiro*: fundamentações e efeitos jurídicos. Goiânia: Gráfica UFG, 2015.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica do Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família.* A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Del Rey, 2000. p. 39-52.

______. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 591-602.

NAHAS, Luciana Faisca. Pacto antenupcial – o que pode e o que não pode constar? Reflexões sobre cláusulas patrimoniais e não patrimoniais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 201-224.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional.* 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado.* 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.

______; ______. *Código de Processo Civil comentado.* 19. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.

NERY, Nilson Guerra. *A infidelidade e o dano moral indenizável.* Recife: Bagaço, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil*: Família. São Paulo: Ed. RT, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Código de Processo Civil comentado.* 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

NICOLAU JR., Mauro. Coisa julgada ou DNA negativo: o que deve prevalecer? *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 23, p. 113-159, dez.-jan. 2004.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. A execução de alimentos no Novo Código de Processo Civil. In: *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 11, p. 11-26, set.-out. 2015.

NUNES, Maria Terezinha. A integral proteção à criança e ao adolescente e a desigualdade na lei tributária. *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 19, p. 27-49, dez.-jan. 2011.

OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no Direito de Família: ficar, namorar, conviver, casar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 315-346.

______. Alienação parental e as nuances da parentalidade: guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 283-348.

______. Impedimentos matrimoniais na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 173-192.

______; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do Direito de Família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

PACHÁ, Andréa. Direito das Famílias e religiões: liberdade, fé e a primazia do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família*: Famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 619-628.

PAES, Nadinne Sales Callou Esmeraldo. Os influxos da evolução do Direito das Famílias no instituto do nome civil das pessoas naturais. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, v. 18. nov./dez., p. 67-90.

______. *União estável*: Aspectos patrimoniais controversos. Curitiba: Juruá, 2020.

PASSOS, Anderson, *O casamento no direito internacional*. Disponível em: <http://www.academia.edu>. Acesso em: 23 out. 2020.

PAULO, Beatrice Marinho. Alienação parental: identificação, tratamento e prevenção. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 19, p. 5-26, dez.-jan. 2011.

______. *Psicologia na prática jurídica – A criança em foco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Tânia da Silva Pereira. 26. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2018. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. As novas estruturas parentais e conjugais. *Revista Consulex*, Brasília, ano XVII, n. 402, p. 36-37, out. 2013.

______. *Barriga de aluguel*: o corpo como capital. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

______. *Concubinato e união estável*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

______. *Dicionário de Direito das Famílias e Sucessões Ilustrado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

______. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

______. *Direito de Família:* uma abordagem psicanalítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

______. *Divórcio*: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

______. *Famílias ectogenéticas e o contrato de geração de filhos*. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1295/Fam%C3%ADlias+ectogen%C3%A9ticas+e+o+contrato+de+gera%C3%A7%C3%A3o+de+filhos>. Acesso em: 12 nov. 2020.

______. *Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

______. Guarda compartilhada – vantagens e desvantagens. Duas residências? In: ____; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 346-368.

______. O parto anônimo no direito brasileiro. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coords.). *Escritos de Direito das Famílias*: uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 184-197.

______. *O perverso fetichismo da lei e suas consequências no direito familiar*. Disponível em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/o-perverso-fetichismo-da-lei-e-suas-consequencias-no-direito-familiar/>. Acesso em: 30 out. 2020.

______. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

______. *Psicanálise pode melhorar percepção e atuação dos profissionais do Direito*. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.advol.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

______.Responsabilidade civil por abandono afetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, ano XIII, n. 29, p. 5-19, ago.-set. 2012.

______. Teoria geral dos alimentos. In: CAHALI, Francisco José; ______ (coords.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1-20.

_____. União estável. In: ______ (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 197-250.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de Família*: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Estudos de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

______. Observações sobre os regimes de bens e o novo Código Civil. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, n. 100, p. 347-364, dez. 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. Proteção dos idosos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed., Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 343-366.

______. Adoção. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 377-423.

PEREIRA, Wilson Medeiros. Aplicabilidade da teoria da desconsideração invertida. *Revista MPMG Jurídico*, ano II, n. 10, p. 37-38, jul.-set. 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Revista Veja 25 anos:* reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993, p. 75-81.

PIMENTEL, Silvia *et al*. *A figura/personagem mulher em processos de família*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

PINTO, Larissa Silva. *A pensão alimentícia em âmbito internacional e seus efeitos econômicos*. Disponível em: < https://www.ibdfam.org.br/artigos/1529/A+pens%C3%A3o+aliment%C3%ADcia+em+%C3%A2mbito+internacional+e+seus+efeitos+econ%C3%B4micos>. Acesso em: 29 out. 2020.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Considerações sobre o prisma da ética no novo Código Civil brasileiro. *Revista Bonijuris*, n. 545 p. 16-17, abr. 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

______. *Temas de direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. A família nas relações privadas transnacionais: aportes metodológicos do Direito Internacional Privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed., Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 855-897.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Ed. RT, 1974. t. I, II, VII, IX e XLIII.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. *Multiparentalidade*: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2017.

RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo; SARAIVA, Rodrigo Viana. *A Lei Maria da Penha e o reconhecimento legal da evolução do conceito de família*. Disponível em: <http://jus.com.br>. Acesso em: 13 out. 2020.

RAINE, Adrian. *A anatomia da violência:* as raízes biológicas da criminalidade. Trad. RITOMY, Maiza. Porto Alegre: Artmed, 2015.

RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *Dano psíquico como crime de lesão corporal na violência doméstica*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

REALE, Miguel. *O projeto do Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REDE GLOBO. *Poliamor – o clipe*. Tá no Ar: a TV na TV. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/7339311/>. Acesso em: 26 out. 2020.

REIS, Clayton; SIMÕES, Fernanda Martins. As relações familiares sob a ótica da responsabilidade civil brasileira. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, ano VIII, n. 46, p. 21-36, jul. 2012.

RESENDE, Nara Rubia Alves de. Da possibilidade de ressarcimento dos danos decorrentes da dissolução da sociedade conjugal. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 21, p. 5-32, nov.-dez. 2003.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Alimentos para o nascituro*: tutela do direito à vida. Curitiba: Juruá, 2011.

______. Instrução probatória e Depoimento sem Dano. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família*: entre o público e o privado. 2011. p. 26-37.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROCHA, Rachel Macedo; NOVAES, Rosangela da Silveira Toledo. O direito ao nome da pessoa intersexo e a limitação das (in)verdades de um único sexo. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Intersexo*: aspectos jurídicos, internacionais, trabalhistas, registrais, médicos, psicológicos, sociais, culturais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 363-378.

RODRIGUES, Lia Palazzo. Algumas considerações sobre o Direito de Família no novo Código Civil e seus reflexos no regime supletivo de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (coords.). *Direitos fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 189-210.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*: Direito de Família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

ROMERO JUNIOR, Francisco; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Animais, divórcio e o direito. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; SILVA, Camilo Henrique. *Família multiespécie:* animais de estimação e Direito. Brasília: Zakarewics Editora, 2020. p. 181-196.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 519-540.

______. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 743-828.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas*: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

______. Famílias simultâneas e monogamia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 193-222.

SANCHES, Patrícia Corrêa; LAMOSA, Elizabeth. *O Direito à Privacidade dos Dados na Seara do Direito das Famílias*. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1375/O+Direito+%C3%A0+Privacidade+dos+Dados+na+Seara+do+Direito+das+Fam%C3%ADlias>. Acesso em: 26 out. 2020.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e Direito das Famílias*: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS, Aline Barradas Carneiro; CARNEIRO, Sérgio Barradas; MENDONÇA, Ticiana Barradas Carneiro e. *Direito das Famílias na contemporaneidade – questões controvertidas*. Salvador: Juspodivm, 2017.

SANTOS, Caio Augusto Silva dos; BAHIA, Cláudio José Amaral. Da possibilidade de adoção após o falecimento do adotante sem que este tenha iniciado o procedimento judicial. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 465-493.

SANTOS, Daniela Bernardo Vieira dos. Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e os seus reflexos jurídicos. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, n. 13, p. 60-76, jul./ago. 2016.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 183-210.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A obrigação alimentar na perspectiva ética. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1-27.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. *Ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

______. O princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 125-144.

______; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SEABRA, Gustavo Cives. *Manual de Direito da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre a guarda compartilhada*. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015.

SILVA, Camilo Henrique; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Disputa pelo animal de estimação após o divórcio. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; SILVA, ______. (coords.). *Animais*: Bioética e Direito. Brasília: Portal Jurídico, 2016. p. 71-86.

SILVA, Cláudia Maria Teixeira da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 25, p. 122-147, ago.-set. 2004.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Psicologia jurídica no Processo Civil Brasileiro*. 3. ed., Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016.

SILVA, Érica Barbosa e. *Primeiras impressões sobre o Provimento 83 do CNJ, sobre a filiação socioafetivo*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. *O princípio da isonomia jurídica entre homens e mulheres como limitação ao poder de reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

______. *Pacto dos namorados*: o namoro qualificado e a diferença que você gostaria de saber da união estável mas tem receio de perguntar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

______. *Pacto dos noivos*: O que você gostaria de saber sobre regime de bens, mas tem receito em perguntar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*, Curitiba. Juruá, 2013.

______. Nome da mulher – Um estudo na perspectiva dos direitos da personalidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 9, p. 21-38, abr.-jun. 2001.

SILVA, Maria Ortega de Paula Lins e; ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros de. Multiparentalidade: uma análise da divisão de direitos e deveres decorrentes da consaguinidade e da socioafetividade. In: *Revista IBDFAM*: Famílias e Sucessões. v. 40 (jul./ago.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2020. p. 117-132.

SILVA, Paulo Lins e. Da nulidade e da anulação do casamento. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 35-72.

______. O casamento como contrato de adesão e o regime legal da separação de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 353-363.

______. O direito intertemporal no novo Código Civil. Casamento. Dissolução. Filiação e união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 491-503.

______. *O casamento:* antes, durante, depois. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016.

SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade pela perda de uma chance e as condições para a sua aplicação. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2006. v. 5.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

SIMÃO, José Fernando. Afetividade e parentalidade. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, vol.1. jan./fev., p. 35-53.

______. Aspectos controvertidos dos regimes de bens. In: NOVAES, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio (coords.). *Direito da Família e das Sucessões* – Temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

______. *Casamento avuncular homoafetivo*? Casamento entre tios e sobrinhos. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

______. *Comunhão parcial de bens e previdência privada*: mear ou não mear, eis a questão! Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

______. *Retroagir ou não retroagir*: eis a questão! Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-27/processo-familiar-retroagir-ou-nao-retroagir-eis-questao#:~:text=Correta%20a%20afirma%C3%A7%C3%A3o%2C%20

desde%20que,ren%C3%BAncia%20ao%20direito%20de%20propriedade.>. Acesso em: 30 out. 2020.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. *Temas contemporâneos de Direito de Família, infância e juventude*. Curitiba: CRV, 2016.

SIMÕES FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 11. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. A emancipação decorrente da união estável: uma possibilidade jurídica. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, ano XIII, n. 29, p. 38-52 ago.-set. 2012.

______. A família da contemporaneidade e o princípio da solidariedade: um esforço sobre os alimentos decorrentes do parentesco socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, v. 34, 2013, p. 87-97.

______. *Breves linhas sobre os alimentos gravídicos*. Âmbito Jurídico, v. 77, 2010, p. 8.

______. Redesenhando os contornos do direito de filiação: a incidência do afeto na composição da família contemporânea. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 3. mai./jun., p. 11-22.

______. *Regimes de bens no casamento e na união familiar estável*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

______. *Temas de Direito e Processo de Família e Sucessões*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SEREJO, Lourival. *As provas ilícitas no Direito de Família*. São Paulo: IOB-Thomson, 2004.

______. Controle da convencionalidade e o Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 393-402.

______. Direito dos avós. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, ano XIII, n. 25, p. 65-76, dez.-jan. 2012.

______. *Novos diálogos do Direito de Família*. São Luís: Edufma, 2014.

SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*: a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família, Curitiba: Juriá, 2013.

SOALHEIRO, Luiza Helena Messias. *Famílias simultâneas:* um arranjo familiar não monogâmico. Belo Horizonte: Editora Plácido, 2018.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A (im)possibilidade da concessão da pensão por morte para o companheiro da união estável paralela consentida. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, n. 63, p. 70-97, nov.-dez. 2014.

SOUZA, Iara Antunes de. *Estatuto da pessoa com deficiência*: curatela e saúde mental. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SOUZA, Gelson Amaro de; SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Alimentos provisionais, alimentos provisórios, alimentos compensatórios: diferenças existentes. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Magister, ano VIII, n. 48, p. 5-27, maio-jun. 2012.

STORCH, Sami, *Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TANNURI, Claudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. As famílias simultâneas no ordenamento jurídico brasileiro e seus efeitos jurídicos. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez., p. 111-128.

TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil no Direito de Família*: teoria e prática. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Método, 2020.

______. Processos judiciais e administrativos em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 939-1048.

TARTUCE, Flávio. *A desconsideração da personalidade jurídica aplicada ao Direito de Família e das Sucessões e a Medida Provisória n. 881/2019*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.advol.br>. Acesso em: 23 out. 2020.

______.Alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 517-586.

______. *Direito civil*: direito de família. 15. ed., v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

______. *Manual de Direito Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 26, p. 18-34, out.-nov., 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV*

Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 305-322.

______. Contratos em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 485-516.

______. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: ______ (coord.). *Problemas de Direito Civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 547-577.

______. O papel da culpa na separação e no divórcio. Rio de Janeiro: *Revista da EMERJ*. 1998. v. 1, n. 2, p. 32–50, 1998.

______. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

______; TEIXEIRA, Gustavo. *Direito de família*: Fundamentos do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 6.

TERCIOTI, Ana Carolina Godoy. *Famílias monoparentais.* Campinas: Millennium, 2011.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 1.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental*: realidades que a justiça insiste em não ver. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 21-32.

TUCCI, José Rogério Cruz, *Questões polêmicas sobre a prisão por dívida alimentar.* Disponível em: <http://www. conjur.com.br>. Acesso em 23 out. 2020.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren; GOMES, Mirela Franco. Os danos morais decorrentes da alienação parental no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil.* Porto Alegre, Magister, v. 85, jul.-ago. 2018, p. 105-123.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade*. Da possibilidade jurídica do casamento civil. Da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 3. ed. Bauru: Possetto, 2019.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Multiparentalidade e as novas relações parentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva; BATISTA, Thais Tononi. Alienação parental: gênero e construção social na esfera do cuidado. In: *Revista IBDFAM*: Famílias E Sucessões. v. 40 (jul./ago.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2020. p. 60-73.

VELOSO, Zeno. *Casal quer afastar Súmula 377*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em 23 out. 2020.

______. *Direito brasileiro da filiação e da paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

______. *Direito Civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

______. Homossexualidade e Direito. *Jornal O Liberal*, de Belém do Pará, em 22/05/1999.

______. Nome civil da pessoa natural. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 429-484.

VENOSA, Silvio de Salvo. A família conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 133-190.

______. Contratos afetivos: o temor do amor. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, Magister, ano VIII, v. 44, p. 82-84, set.-out. 2011.

______. *Direito Civil*: Direito de Família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

VENTURELLI, Camila de Camargo Silva. Força e fragilidade da mulher no Direito: *feminist jurisprudence* (feminismo jurídico) e seus reflexos no Direito de Família brasileiro. In. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos de Oliveira (orgs.). *Problemas no Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 259-274.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. A bioética e o direito à adequação de sexo do transexual. In: ______. (coord.). *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

______; Transgêneros: questões bioéticas e jurídicas ainda polêmicas após o reconhecimento pelo STF do Direito à adequação do nome e do gênero. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (coords.) *Famílias e Sucessões*: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 173-200.

______; PIRES, Loraini Candida Bueno. O animal de estimação é um integrante da família? In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; SILVA, Camilo Henrique. (coords.). *Animais*: Bioética e Direito. Brasília: Portal Jurídico, 2016. p. 51-70.

______; SILVA, Camilo Henrique. (coords.) *Família multiespécie:* animais de estimação e Direito. Brasília: Zakarewics Editora, 2020.

VILAS-BOAS, Renata Malta; BRUNO, Susana de Moraes Spencer. (orgs.) *Novas tendências do Direito das Famílias*. Brasília: Editora Kiron, 2015, v. 1.

VILELLA, Rosemeire Aparecida Moço. Alimentos avoengos: panorama legislativo, doutrinário e jurisprudencial. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, n. 13, p. 33-42, jul./ago. 2016.

WALD, Arnoldo. *Direito de Família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALLERSTEIN, Judith S.; BLAKESLEE, Sandra. *Sonhos e realidade no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1991.

WAQUIM, Bruna Barbieri. Universos paralelos e danos de amor: balizas para a responsabilidade civil no âmbito das relações simultâneas conjugais. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 23, p. 65-83, ago.-set. 2011.

WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

______. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2010.

______. Dano moral na separação judicial, divórcio e união estável. *RT*, n. 775, p. 128-135, maio 2000.

______. *Estatuto da união estável*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

______. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 14, p. 128-163, jul.-set. 2002.

______. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: ______; MADALENO, Rolf (coords.). *Direitos fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59-86.

______. *Teoria tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro*: amor líquido e o direito de família mínimo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. *Novas tendências do bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TESES, SÚMULAS E ENUNCIADOS

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tema 60: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (RE 466.343.)

p. 877

Tema 61: A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7.º do artigo 14 da Constituição Federal. (RE 568.596.)

p. 494, 562, 636

Tema 295: É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal, com redação da EC 26/2000. (RE 612.360.)

p. 768

Tema 392: I – É possível a repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova; II – Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. (RE 363.889.)

p. 219, 256

Tema 457: É inconstitucional, por transgressão ao princípio da isonomia entre homens e mulheres (CF, art. 5.º, I), a exigência de requisitos legais diferenciados para efeito de outorga de pensão por morte de ex-servidores

públicos em relação a seus respectivos cônjuges ou companheiros/companheiras (CF, art. 201, V). (RE 659.424.)

p. 556

Tema 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002. (A mesma tese foi fixada para o Tema 809.) (RE 646.721.)

p. 605, 658, 696

Tema 526: Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários. (RE 883.168.)

p. 656

Tema 529: Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte. (RE 1.045.273.)

p. 636, 656

Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. (RE 898.060.)

p. 179, 192, 217, 236, 296, 373, 434, 812, 813

Tema 761: I) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; II) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo "transgênero"; III) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; IV) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos. (RE 670.422.)

p. 185, 514, 637

Tema 782: Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada. (RE 778.889.)

p. 342, 344

Tema 809: É inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil. (A mesma tese foi fixada para o Tema 498). (RE 878.694.)

p. 206, 214, 447, 478, 585, 595, 611, 716, 721, 806, 974

Tema 1.053: Separação judicial como requisito para o divórcio e sua subsistência como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da EC nº 66/2010. (RE 116.478.)

p. 542

SÚMULAS

Súmula 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

p. 877

Súmula 116: Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados.[1]

p. 581, 752

Súmula 149: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

p. 267, 271

Súmula 226: Na ação de desquite, os alimentos são devidos desde a inicial e não da data da decisão que os concede.

p. 864

1. Ainda que a súmula fale em desquite, não se encontra revogada.

Súmula 332: A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.

p. 606, 473

Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

p. 608, 677, 712, 717, 729

Súmula 379: No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.

p. 792

Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

p. 455, 584, 613, 643

Súmula 381: Não se homologa sentença de divórcio obtida por procuração, em país de que os cônjuges não eram nacionais.

p. 959

Súmula 382: A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

p. 602

Súmula 421: Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro.

p. 590, 959, 963

Súmula 729: É permitida a concessão de antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

p. 832

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS[2]

Súmula 112: Em execução fiscal, a responsabilidade pessoal do sócio-gerente de sociedade por quotas, decorrente de violação da lei ou excesso de mandato, não atinge a meação de sua mulher.

p. 690

Súmula 159: É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos.

p. 798

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tema 192: A pensão alimentícia incide sobre o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, também conhecidos, respectivamente, por gratificação natalina e gratificação de férias.

p. 847

Tema 708: É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990.

p. 768

Tema 717: O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente. A legitimidade do Ministério Público independe do exercício do poder familiar dos pais, ou de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca.

p. 855

Tema 988: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

p. 116

2. O TFR foi substituído pelo STJ, mas suas súmulas continuam em vigor.

SÚMULAS

Súmula 1: O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.

p. 109, 258, 297, 859

Súmula 99: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.

p. 854

Súmula 134: Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação.

p. 690, 703

Súmula 144: Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.

p. 895

Súmula 197: O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.

p. 570, 728

Súmula 251: A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal.

p. 703

Súmula 277: Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação.

p. 269, 298, 864

Súmula 301: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

p. 254, 262, 264, 815

Súmula 309: O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

p. 886

Súmula 332: A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.

p. 473, 606

Súmula 336: A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente.

p. 794

Súmula 358: O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.

p. 810, 870, 904,

Súmula 364: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

p. 770

Súmula 383: A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.

p. 109, 258, 397, 412, 858

Súmula 419: Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.

p. 877

Súmula 449: A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora.

p. 766

Súmula 486: É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.

p. 767

Súmula 536: A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

p. 159

Súmula 542: A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.

p. 158

Súmula 549: É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.

p. 768

Súmula 594: O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou do fato de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca.

p. 855

Súmula 596: A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais.

p. 821

Súmula 600: Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5.º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima.

p. 602

Súmula 621: Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade.

p. 116, 298, 791

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

Enunciado 14: Os bens que guarnecem a residência do devedor, desde que não essenciais a habitabilidade, são penhoráveis.

p. 761

Enunciado 33: É dispensável a expedição de carta precatória nos Juizados Especiais Cíveis, cumprindo-se os atos nas demais comarcas, mediante via postal, por ofício do Juiz, fax, telefone ou qualquer outro meio idôneo de comunicação.

p. 104

Enunciado 42: Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

p. 184

Enunciado 43: É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.

p. 184

Enunciado 39: O estado de filiação não decorre apenas do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de terceiro, derivando da manifestação inequívoca de vontade da parte.

p. 210

Enunciado 40: É admissível, no registro de nascimento de indivíduo gerado por reprodução assistida, a inclusão do nome de duas pessoas do mesmo sexo, como pais.

p. 222

Enunciado 53: Deverá constar da citação a advertência, em termos claros, da possibilidade de inversão do ônus da prova.

Enunciado 60: É cabível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, inclusive na fase de execução.

p. 746

Enunciado 128: Além dos casos de segredo de justiça e sigilo judicial, os documentos digitalizados em processo eletrônico somente serão disponibilizados aos sujeitos processuais, vedado o acesso a consulta pública fora da secretaria do juizado.

JORNADAS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

JORNADA DE DIREITO CIVIL

Enunciado 97: No que tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge devem ser estendidas à situação jurídica que envolve o companheiro, como, por exemplo, na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do Código Civil).

p. 73

Enunciado 98: O inc. IV do art. 1.521 do novo Código Civil deve ser interpretado à luz do Decreto-lei n. 3.200/41, no que se refere à possibilidade de casamento entre colaterais de 3º grau.

p. 482

Enunciado 99: O art. 1.565, § 2.º, do Código Civil não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do art. 226, caput, §§ 3.º e 7.º, da Constituição Federal de 1988, e não revogou o disposto na Lei n. 9.263/96.

p. 591

Enunciado 103: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

p. 182, 192, 209, 813

Enunciado 104: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

p. 225

Enunciado 105: As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e

V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como "técnica de reprodução assistida".

p. 221

Enunciado 106: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

p. 224

Enunciado 107: Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

p. 226

Enunciado 108: No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.

p. 182

Enunciado 109: A restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando.

p. 256

Enunciado 111: A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

p. 227

Enunciado 113: É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com a ressalva dos

direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.

p. 720, 723

Enunciado 114: O aval não pode ser anulado por falta de vênia conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu.

p. 472, 692

Enunciado 115: Há presunção de comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens.

p. 604

Enunciado 115: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese dos menores de 16 anos, é juridicamente relevante na concretização de situações existências a eles concernentes.

p. 479, 599

Enunciado 147: Basta o inadimplemento de uma parcela, no todo ou em parte, para decretação da prisão civil prevista no art. 528, § 7.º, do CPC.

p. 889

Enunciado 205: Adotar as seguintes interpretações ao art. 977: (1) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade; (2) o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto a derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge.

p. 707

Enunciado 256: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

p. 208, 812

Enunciado 257: As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial", constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.

p. 222

Enunciado 258: Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.

p. 274

Enunciado 259: A revogação do consentimento não impede, por si só, a adoção, observado o melhor interesse do adotando.

p. 352

Enunciado 261: A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos (atualmente, maior de setenta anos), quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.

p. 715

Enunciado 262: A obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs.

Enunciado 263: O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da "união estável". A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsistir vínculo de Direito de Família.

p. 793

Enunciado 264: Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incs. I e II do art. 1.814 do Código Civil.

p. 873

Enunciado 265: Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração da assistência material prestada pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu.

p. 808

Enunciado 330: As causas suspensivas da celebração do casamento poderão ser arguidas inclusive pelos parentes em linha reta de um dos nubentes e pelos colaterais em segundo grau, por vínculo decorrente de parentesco civil.

p. 485

Enunciado 331: O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.

p. 678

Enunciado 334: A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse.

Enunciado 337: O fato de o pai ou a mãe constituírem nova união não repercute no direito de terem os filhos do leito anterior em sua companhia, salvo quando houver comprometimento da sadia formação e do integral desenvolvimento da personalidade destes.

p. 390

Enunciado 338: A cláusula de não tratamento conveniente para a perda da guarda dirige-se a todos os que integram, de modo direto ou reflexo, as novas relações familiares.

p. 396

Enunciado 339: A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.

p. 812

Enunciado 340: No regime da comunhão parcial de bens é sempre indispensável a autorização do cônjuge, ou seu suprimento judicial, para atos de disposição sobre bens imóveis.

p. 687

Enunciado 341: Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.

p. 812

Enunciado 342: Observadas suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não solidário quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro de seus genitores.

p. 821

Enunciado 343: A transmissibilidade da obrigação alimentar é limitada às forças da herança.

p. 797

Enunciado 344: A obrigação alimentar originada do poder familiar, especialmente para atender às necessidades educacionais, pode não cessar com a maioridade.

p. 810

Enunciado 345: O "procedimento indigno" do credor em relação ao devedor, previsto no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, pode ensejar a exoneração ou apenas a redução do valor da pensão alimentícia para quantia indispensável à sobrevivência do credor.

p. 873

Enunciado 512: O art. 1.517 do Código Civil, que exige autorização dos pais ou responsáveis para casamento, enquanto não atingida a maioridade civil, não se aplica ao emancipado.

p. 480

Enunciado 513: O juiz não pode dispensar, mesmo fundamentadamente, a publicação do edital de proclamas do casamento, mas sim o decurso do prazo.

p. 486

Enunciado 514: A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.

p. 545

Enunciado 515: Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional n. 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual.

p. 465

Enunciado 517: A Emenda Constitucional n. 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão.

p. 544

Enunciado 518: A Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, não se restringe à guarda unilateral e à guarda compartilhada, podendo ser adotada aquela mais adequada à situação do filho, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A regra aplica-se a qualquer modelo de família.

p. 386

Enunciado 519: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

p. 233

Enunciado 520: O conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida.

p. 275

Enunciado 521: Qualquer descendente possui legitimidade, por direito próprio, para propor o reconhecimento do vínculo de parentesco em face dos avós ou de qualquer ascendente de grau superior, ainda que o pai não tenha iniciado a ação de prova da filiação em vida.

p. 289

Enunciado 522: Cabe prisão civil do devedor nos casos de não prestação de alimentos gravídicos estabelecidos com base na Lei n. 11.804/2008, inclusive deferidos em qualquer caso de tutela de urgência.

p. 820

Enunciado 523: O chamamento dos codevedores para integrar a lide, na forma do art. 1.698 do Código Civil, pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público, quando legitimado.

p. 867

Enunciado 570: O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga "a patre" consentida expressamente pelo companheiro, representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira.

p. 226

Enunciado 571: Se comprovada a resolução prévia e judicial de todas as questões referentes aos filhos menores ou incapazes, o tabelião de notas poderá lavrar escrituras públicas de dissolução conjugal.

p. 578

Enunciado 572: Mediante ordem judicial, é admissível, para a satisfação do crédito alimentar atual, o levantamento do saldo de conta vinculada ao FGTS.

p. 849

Enunciado 573: Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza.

p. 843

Enunciado 574: A decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772).

p. 950

Enunciado 599: Deve o magistrado, em sede de execução de alimentos avoengos, analisar as condições do(s) devedor(es), podendo aplicar medida coercitiva diversa da prisão civil ou determinar seu cumprimento em modalidade diversa do regime fechado (prisão em regime aberto ou prisão domiciliar), se o executado comprovar situações que contraindiquem o rigor na aplicação desse meio executivo e o torne atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio de proteção aos idosos e garantia à vida.

p. 436, 823

Enunciado 602: Transitada em julgado a decisão concessiva do divórcio, a expedição do mandado de averbação independe do julgamento da ação originária em que persista a discussão dos aspectos decorrentes da dissolução do casamento.

p. 572

Enunciado 603: A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2.º do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais.

p. 387

Enunciado 604: A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2.º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho.

p. 387

Enunciado 605: A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência.

p. 388

Enunciado 606: O tempo de convívio com os filhos "de forma equilibrada com a mãe e com o pai" deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um.

p. 387

Enunciado 607: A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.

p. 308, 389

Enunciado 612: O prazo para exercer o direito de anular a partilha amigável judicial, decorrente de dissolução de sociedade conjugal ou de união estável, extingue-se em 1 (um) ano da data do trânsito em julgado da sentença homologatória, consoante dispõem o art. 2.027, parágrafo único, do Código Civil e art. 657, parágrafo único do Código de Processo Civil.

p. 755

Enunciado 632: Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos.

p. 238

Enunciado 634: É lícito aos que se enquadrem no rol de pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641 do Código Civil) estipular, por pacto antenupcial ou contrato de convivência, o regime da separação de bens, a fim de assegurar os efeitos de tal regime e afastar a incidência da Súmula 377 do STF.

p. 719

Enunciado 635: O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar.

p. 698

Enunciado 636: O impedimento para o exercício da tutela do inc. IV do art. 1.735 do Código Civil pode ser mitigado para atender ao princípio do melhor interesse da criança.

p. 920

Enunciado 637: Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade.

p. 924, 939

Enunciado 638: A ordem de preferência de nomeação do curador do art. 1.775 do Código Civil deve ser observada quando atender ao melhor interesse do curatelado, considerando suas vontades e preferências, nos termos do art. 755, II, e § 1.º, do CPC.

p. 945

Enunciado 639: A opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência. A pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores.

p. 942

Enunciado 640: A tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela.

p. 942

Enunciado 641: A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.

p. 586

Enunciado 643: O rompimento do testamento (art. 1.973 do Código Civil) se refere exclusivamente às disposições de caráter patrimonial, mantendo-se válidas e eficazes as de caráter extrapatrimonial, como o reconhecimento de filho e o perdão ao indigno.

p. 247

JORNADA DE PROCESSO CIVIL

Enunciado 23: Na ausência de auxiliares da justiça, o juiz poderá realizar a audiência inaugural do art. 334 do CPC, especialmente se a hipótese for de conciliação.

p. 104

Enunciado 25: As audiências de conciliação ou mediação, inclusive dos juizados especiais, poderão ser realizadas por videoconferência, áudio, sistemas de troca de mensagens, conversa on-line, conversa escrita, eletrônica, telefônica e telemática ou outros mecanismos que estejam à disposição dos profissionais da autocomposição para estabelecer a comunicação entre as partes.

p. 103

Enunciado 56: A legitimidade conferida à Defensoria Pública pelo art. 720 do CPC compreende as hipóteses de jurisdição voluntária previstas na legislação extravagante, notadamente no Estatuto da Criança e do Adolescente.

p. 121

Enunciado 57: Todos os legitimados a promover a curatela, cujo rol deve incluir o próprio sujeito a ser curatelado, também o são para realizar o pedido do seu levantamento.

p. 953

JORNADAS DE DIREITO COMERCIAL

Enunciado 93: O cônjuge ou companheiro de titular de EIRELI é legitimado para ajuizar ação de apuração de haveres, para fins de partilha de bens, na forma do art. 600, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

p. 740

Enunciado 94: A vedação da sociedade entre cônjuges contida no artigo 977 do Código Civil não se aplica às sociedades anônimas, em comandita por ações e cooperativa.

p. 603, 707

FÓRUM NACIONAL DA JUSTIÇA PROTETIVA – FONAJUP

Enunciado 01: Poderá o magistrado, liminarmente, suspender o poder familiar e determinar a colocação em família substituta, devendo ser informado aos pretensos adotantes, expressamente, o caráter liminar das decisões.

p. 369

Enunciado 02: Após a oitiva judicial dos pais, na entrega voluntária de seus filhos para colocação em família adotiva, o juiz homologará a declaração de vontade dos pais nos próprios autos e declarará extinto o poder familiar.

p. 352

Enunciado 03: A emancipação não afasta a proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente e das portarias dos Juizados da Infância e Juventude.

p. 318

Enunciado 04: O Conselho Tutelar, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e em analogia ao artigo 93 do ECA, poderá deixar crianças ou adolescentes encontrados em situação emergencial de risco aos cuidados da família extensa, a fim de evitar o acolhimento, comunicando em 24 horas à autoridade judiciária e ao Ministério Público, devendo também iniciar procedimento administrativo para acompanhamento do caso e, no ato da entrega, notificar, por escrito, sobre a necessidade de busca imediata de advogado ou defensoria pública para eventual regularização da guarda.

p. 332

Enunciado 05: É dispensável o estudo psicossocial em família extensa residente fora da comarca desde que constatado a ausência de vínculo afetivo e/ou interesse.

p. 333, 335

Enunciado 06: Os relatórios social e psicológico necessários à instrução dos feitos em trâmite nos Juízos da Infância e Juventude poderão ser realizados pela equipe técnica do juízo e/ou pela equipe do Município e/ou pela equipe da instituição de acolhimento.

p. 332

Enunciado 07: Pessoas inscritas no Cadastro Nacional de Adoção, em respeito aos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, poderão participar dos programas de apadrinhamento, desde que sua participação não implique em ofensa ao princípio da isonomia e burla ao respectivo cadastro.

p. 339

Enunciado 08: Nos casos de busca ativa de pretendentes a adoção, deverá o magistrado observar as diretrizes da ABRAMINJ publicadas em 19 de novembro de 2018 (http://abraminj.org.br/Painel/arquivos/diretrizes_para_os_procedimentos_de_busca_ativa_pdf.pdf).

Enunciado 09: Não é necessária a realização de audiência concentrada trimestral, desde que a reavaliação prevista no art. 19, § 1.º, do ECA seja feita por decisão judicial precedida de relatório técnico, após manifestação das partes, se houver, e do Ministério Público.

p. 372

Enunciado 10: O parágrafo 10 do artigo 19-A do ECA só deve ser aplicado nos casos de pais ignorados ou órfãos com dados insuficientes que impossibilitem a busca pela família extensa.

p. 333

Enunciado 11: No recebimento da petição inicial da ação de perda do poder familiar, caso os estudos técnicos sejam recentes, o juiz poderá analisar a conveniência da realização de novos estudos, após a resposta do réu, na forma do artigo 157, parágrafo primeiro, do ECA.

p. 369

Enunciado 12: O prazo de dez dias de arrependimento, previsto no art. 166, § 5.º, do ECA conta-se a partir da intimação da sentença.

p. 338

Enunciado 14: A Lei 13.509/2017 não instituiu o denominado "parto anônimo", e sim o direito ao sigilo quanto à entrega à adoção, manifestado em audiência, na forma prevista no artigo 166 do ECA, hipótese em que o registro civil da criança será lavrado com os dados constantes da Declaração de Nascido Vivo, respeitado assim o direito previsto no artigo 48 do ECA.

p. 372

Enunciado 15: Na hipótese do artigo 19-A, § 6.º, do ECA, caso a mãe tenha manifestado em audiência o interesse em entregar seu filho à adoção, na forma do *caput* e parágrafos do dispositivo e do artigo 166, § 1.º, será extinto o seu poder familiar, podendo ser suspenso o do genitor registral que não compareceu ao ato, após regularmente intimado ou quando não tenha sido localizado, em ação própria de perda do poder familiar.

p. 352

Enunciado 16: No caso de abandono de criança e adolescente, após a sentença de adoção ou desistência no curso do estágio de convivência, deverá o juiz, que acolheu a criança ou o adolescente, fazer ocorrência do fato, no perfil do adotante no Cadastro Nacional de Adoção e comunicar ao juízo da habilitação instruindo com laudo psicossocial, para que sejam apreciadas a reavaliação, a inabilitação do pretendente ou a proibição de renovação da habilitação.

p. 342

Enunciado 17: A busca pela família extensa nos casos de procedimento de entrega voluntária prevista no artigo 19-A, § 3.º, do ECA, somente ocorrerá quando a genitora renunciar seu direito ao sigilo.

p. 351

Enunciado 19: Crianças e adolescentes transgêneros, em situação de acolhimento, serão mantidos em instituições e/ou quartos de sua respectiva identidade de gênero, independentemente do sexo biológico ou registral, garantida sua integridade e escuta prévia.

p. 332

Enunciado 20: A perda do poder familiar, por sentença irrecorrível, não extingue a obrigação alimentar que decorre do vínculo de parentesco.

p. 811

Enunciado 21: São decadenciais os prazos previstos no art. 166, § 5.º do ECA, sendo, portanto, irrenunciáveis, nos termos do art. 209 do Código Civil.

p. 338

Enunciado 23: O prazo de exercício do direito de arrependimento, previsto no § 5.º do artigo 166 do ECA, possui natureza material, motivo pelo qual não se suspende, nem se interrompe, durante o período de recesso forense, nos moldes do disposto no caput do artigo 220 do CPC.

p. 338

Enunciado 24: Aos processos de competência da Justiça da Infância e da Juventude protetiva, aplica-se o artigo 346 do Código de Processo Civil para o réu revel citado pessoalmente, que não tenha constituído patrono nos autos.

p. 369

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM

Enunciado 1: A Emenda Constitucional 66/2010, ao extinguir o instituto da separação judicial, afastou a perquirição da culpa na dissolução do casamento e na quantificação dos alimentos.

p. 124

Enunciado 2: A separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre cônjuges e entre companheiros.

p. 552, 730

Enunciado 3: Em face do princípio da igualdade das entidades familiares, é inconstitucional o tratamento discriminatório conferido ao cônjuge e ao companheiro.

Enunciado 4: A constituição de entidade familiar paralela pode gerar efeito jurídico.

p. 640

Enunciado 5: Na adoção, o princípio do superior interesse da criança e do adolescente deve prevalecer sobre a família extensa.

p. 373

Enunciado 6: Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental.

p. 233

Enunciado 7: A posse de estado de filho pode constituir paternidade e maternidade.

Enunciado 8: O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.

p. 142

Enunciado 9: A multiparentalidade gera efeitos jurídicos.

p. 236

Enunciado 10: É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos.

p. 428

Enunciado 11: Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal.

p. 414, 461

Enunciado 12: É possível o registro de nascimento dos filhos de casais homoafetivos, havidos de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil.

p. 231

Enunciado 13: Na hipótese de adoção *intuitu personae* de criança e de adolescente, os pais biológicos podem eleger os adotantes.

p. 347

Enunciado 14: Salvo expressa disposição em contrário, os alimentos fixados *ad valorem* incidem sobre todos os rendimentos percebidos pelo alimentante que possua natureza remuneratória, inclusive um terço constitucional de férias, 13° salário, participação nos lucros e horas extras.

p. 847

Enunciado 17: A técnica de ponderação, adotada expressamente pelo art. 489, § 2.°, do Novo CPC, é meio adequado para a solução de problemas práticos atinentes ao Direito das Famílias e das Sucessões.

p. 60, 105

Enunciado 18: Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas.

p. 572, 575, 624

Enunciado 19: O rol do art. 693 do Novo CPC é meramente exemplificativo, e não taxativo.

p. 102

Enunciado 20: O alimentante que, dispondo de recursos econômicos, adota subterfúgios para não pagar ou para retardar o pagamento de verba alimentar, incorre na conduta descrita no art. 7.°, inc. IV da Lei n° 11.340/2006 (violência patrimonial).

p. 601, 892

Enunciado 22: É possível a utilização da via extrajudicial para o divórcio e dissolução da união estável, nos termos do artigo 733, do CPC/2015 se, havendo consenso entre as partes, inexistir nascituro e as questões relativas às crianças e adolescentes e aos filhos não emancipados e curatelados (como guarda, convivência familiar e alimento) já tiverem definição na via judicial.

p. 576

Enunciado 23: Havendo atraso ou não pagamento da verba alimentar e indícios de que o devedor dispõe de recursos econômicos, o juiz cientificará ao Ministério Público para apurar a prática do crime de abandono material.

p. 901

Enunciado 24: Em pacto antenupcial ou contrato de convivência podem ser celebrados negócios jurídicos processuais.

p. 468, 603

Enunciado 25: Depende de ação judicial o levantamento da curatela de pessoa interditada antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

p. 951

Enunciado 26: A pessoa com deficiência pode pleitear a autocuratela.

p. 938

Enunciado 27: No caso de comunicação de atos de alienação parental nas ações de família, o seu reconhecimento poderá ocorrer na própria demanda, sendo desnecessária medida judicial específica para tanto.

p. 412

Enunciado 28: Havendo indício de prática de ato de alienação parental, devem as partes ser encaminhadas ao acompanhamento diagnóstico, na forma da Lei, visando ao melhor interesse da criança. O magistrado depende de avaliação técnica para avaliar a ocorrência ou não de alienação parental, não lhe sendo recomendado decidir a questão sem estudo prévio por profissional capacitado, na forma do § 2.º do art. 5.º da Lei nº 12.318/2010, salvo para decretar providências liminares urgentes.

p. 412

Enunciado 29: Em havendo o reconhecimento da multiparentalidade, é possível a cumulação da parentalidade socioafetiva e da biológica no registro civil.

p. 238

Enunciado 30: Nos casos de eleição de regime de bens diverso do legal na união estável, é necessário contrato escrito, a fim de assegurar eficácia perante terceiros.

p. 603

Enunciado 31: A conversão da união estável em casamento é um procedimento consensual, administrativo ou judicial, cujos efeitos serão *ex tunc*, salvo nas hipóteses em que o casal optar pela alteração do regime de bens, o que será feito por meio de pacto antenupcial, ressalvados os direitos de terceiros.

p. 479

Enunciado 32: É possível a cobrança de alimentos, tanto pelo rito da prisão como pelo da expropriação, no mesmo procedimento, quer se trate de cumprimento de sentença ou de execução autônoma.

p. 898

Enunciado 33: O reconhecimento da filiação socioafetiva ou da multiparentalidade gera efeitos jurídicos sucessórios, sendo certo que o filho faz jus às heranças, assim como os genitores, de forma recíproca, bem como dos respectivos ascendentes e parentes, tanto por direito próprio como por representação.

p. 233, 239

Enunciado 34: É possível a relativização do princípio da reciprocidade, acerca da obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos, nos casos de abandono afetivo e material pelo genitor que pleiteia alimentos, fundada no princípio da solidariedade familiar, que o genitor nunca observou.

p. 786

Enunciado 35: Nas hipóteses em que o processo de adoção não observar o prévio cadastro, e sempre que possível, não deve a criança ser afastada do lar em que se encontra sem a realização de prévio estudo psicossocial que constate a existência, ou não, de vínculos de socioafetividade.

p. 348

Enunciado 36: As famílias acolhedoras e os padrinhos afetivos têm preferência para adoção quando reconhecida a constituição de vínculo de socioafetividade.

p. 340

ÍNDICE REMISSIVO

A

» Abandono afetivo – p. 139, 179, 273, 310, 426, 428, 1037, 1040

» Abandono afetivo inverso – p. 428

» Ação
- anulatória de registro – p. 277
- de alimentos – p. 102, 298, 301, 537, 609, 730, 818, 820, 821, 851, 852, 854, 858, 861, 867, 877, 904, 907, 1017, 1010
- de adoção – p.234, 335, 337, 353, 365, 367
- de alteração de regime de bens – p. 119
- de anulação de casamento – p. 118, 483, 531, 533, 534
- de anulação da partilha – p. 755
- de busca e apreensão – p. 402, 971
- de conversão da separação em divórcio – p. 547, 561, 713
- de conversão da união estável em casamento – p. 477, 478, 587, 621, 636, 659, 721, 1039
- de curatela – p. 119, 938, 940, 942, 945, 946, 949, 950
- de destituição do poder familiar – p. 322, 324, 337, 353, 368, 369
- de divórcio – p. 101, 115, 171, 381, 475, 536, 543, 554, 556, 557, 561, 565, 567, 570, 573, 574, 575, 580, 753, 803
- de guarda – p. 365, 971
- de investigação da ancestralidade – p. 289, 290, 432, 433
- de nomeação de tutor – p. 916, 917, 923
- de oferta de alimentos – p. 858, 863, 869, 870
- de prestação de contas – p. 910, 925, 948
- de reconhecimento de união estável – p. 610, 623, 625
- de separação de corpos – p. 103, 115, 383, 544, 550, 553, 554, 555, 556, 576, 627, 750, 945
- declaratória da filiação socioafetiva – p. 294, 295, 297, 1037, 1040
- declaratória de filiação socioafetiva post mortem – p. 234, 295, 362
- declaratória de maternidade – p. 282, 283
- declaratória de parentalidade – p. 180, 245
- exoneratória de alimentos – p. 571, 805, 858, 859, 861, 874, 903, 904, 907
- declaratória da ascendência genética – p. 227, 370
- investigatória de paternidade – p. 109, 143, 205, 220, 238, 248, 251, 260, 265, 266, 269, 292, 293, 294, 296, 297, 299, 432, 811, 815, 864
- negatória de maternidade – p. 283

- negatória de paternidade – p. 250, 252, 261, 273, 275, 276, 281, 282, 286, 345, 791
- revisional de alimentos – p. 571, 791, 833, 841, 845, 859, 865, 903, 905, 906, 907, 908

» Acolhimento familiar – p. 325, 337, 365

» Acolhimento institucional – p. 330, 337, 349

» Adoção
- à brasileira – p. 179, 233, 269, 278, 280, 323, 344
- avós – p. 360
- de maior – p. 359
- de nascituro – p. 358
- destituição do poder familiar – p. 315, 325, 368
- filho "de criação" – p. 364
- híbrida – p. 353
- homoparental – p. 229, 358
- internacional – p. 965
- intuitu personae – p. 346, 359
- licença maternidade – p.342
- multiparental – p. 355
- nome – p. 178
- póstuma – p. 234, 295, 362
- tutela – p. 338, 367
- unilateral – p. 230, 309, 345, 352,457, 636, 666

» Adultério – p. 136, 151,205, 216, 500, 641, 644, 651,

» v. Infidelidade virtual – p.499

» Aquestos – p. 707

» Alienação parental – p. 112, 399, 401, 408
- idoso – p. 427

» Alimentos – p. 127, 138, 297, 423, 537
- afinidade – p. 827
- anterioridade – p.788
- atualidade – p. 789
- avós – p. 786, 820, 821
- base de incidência – p. 846
- casamento – p. 800, 803, 805
- chamamento a integrar a lide – p. 866
- civis – p. 781
- coisa julgada – p.907
- compensatórios – p. 70, 139, 147, 674, 711, 730, 731, 802, 832
- concubinato – p. 804, 807, 811, 870
- culpa – p. 777, 782, 798
- dano moral – p. 902
- décimo terceiro salário – p. 847
- definitivos – p. 861, 862, 865, 875
- desde a concepção – p. 814, 815
- direito de regresso – p. 785, 814
- divisibilidade – p. 784, 785
- divórcio – p. 803, 809, 832, 853, 857
- Estado – p. 423, 778, 779, 784, 830, 831
- exceção de pré-executividade – p. 876, 900
- execução – p. 101, 103, 851, 859, 877, 882, 885, 902, 906, 1019, 1029
- exoneração – p. 116, 810, 841, 857, 865, 866, 870, 893, 903, 904, 907,
- FGTS – p. 735, 848, 849, 895, 1029
- foro privilegiado – p. 859, 869
- gravídicos – p. 228, 298, 571, 815, 817, 818, 819, 820, 852, 863, 870, 1028

- guarda compartilhada – p. 69, 308, 309, 312, 366, 378, 379, 381, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 399, 438, 528, 666, 809, 844, 1030
- herdeiros – p. 797, 827
- idoso – p. 779, 784, 823, 828, 829, 830, 859, 866, 867, 1029
- in natura – p. 732, 750, 781, 786, 787, 822, 838, 863, 868, 869, 891
- intuitu familiae – p. 840, 866
- imposto de renda – p. 849, 850, 851, 894
- investigação de paternidade – p. 269, 815, 903 1018
- irmãos – p. 795, 814, 825, 826, 827, 866, 869
- litisconsórcio – p. 786, 818, 822, 841, 865, 866, 869
- multa – p. 787, 847, 878, 884, 893, 896, 897, 899, 901, 902
- naturais – p. 781, 782, 787, 844
- nascituro – p. 814, 815, 852, 863
- oferta de alimentos – p. 804, 845, 858, 863, 869, 870
- ônus da prova – p. 860
- pais – p. 781, 784, 785, 786, 799, 809, 810, 811, 814, 821822, 823, 831, 844, 869
- paternidade alimentar – p. 202, 457,
- parentes – p. 780, 781, 782, 784, 785, 786, 794, 797, 798, 799, 800, 811, 813, 821, 824, 827, 845, 867, 868, 873
- periodicidade – p. 786, 788
- PDV – plano de demissão voluntária – p. 849
- poder familiar – p. 776, 778, 781, 783, 785, 792, 809, 810, 811, 831, 841, 844, 845, 854, 863, 903, 909
- prescrição – p. 903
- prestação de contas – p. 909, 910
- primo – p. 825
- prisão – p. 836, 875, 877, 878, 881, 882, 883, 885, 887, 888, 889, 891, 897, 898, 899, 900, 902
- pró-labore – p. 842, 846
- proporcionalidade – necessidade – possibilidade – p. 841
- provisionais – p. 300, 862
- provisórios – p. 265, 266, 297, 298, 300, 537, 554, 571, 610, 730, 805, 809, 817, 820, 834, 835, 856, 857, 861, 862, 864, 865, 878, 881, 882, 890, 902
- reciprocidade – p. 785, 813, 820, 829, 1040
- renúncia – p. 792, 793, 794, 800
- revelia – p. 856, 904
- sobrinho – p. 825, 826, 827
- solidariedade – p. 778, 779, 780, 781, 782, 784, 785, 794, 797, 798, 800, 803, 814, 824, 825, 827, 828, 829, 830, 831, 839, 840, 841, 845, 854, 866, 867, 872
- termo inicial – p. 817, 862, 863, 864
- transitórios – p. 801, 836, 838, 840
- tio – p. 825, 826, 827
- título executivo – p. 830, 875, 876, 877, 878, 881, 893, 894, 898, 899, 900
- transmissibilidade – p. 794, 795, 796, 1027
- união estável – p. 777, 778, 779, 781, 792, 794, 803, 804, 806, 807, 809, 811, 824, 827, 828, 832, 853, 859, 871, 875
- verbas rescisórias – p. 735, 736, 848

» Aluguel – p. 731, 732, 753, 767, 787
» Alteração de regime de bens – p. 67, 106, 546, 616, 623, 674, 719, 720, 722, 723, 724, 1023, 1039
» Amante – p. 168, 169, 451, 452, 650, 693, 871
» Amor líquido – p. 617, 618
» Animais de estimação – p. 414, 460, 780, 1037
» Aninhamento – p. 386
» Astreinte – p. 400, 401, 402, 498
» Autoinseminação – p. 231
» Autotutela – p. 938
» Aviso-prévio – p. 848
» Avós – p. 191, 194, 195, 196, 201, 285, 288, 289, 293, 334, 386, 393, 431, 432, 671,
  – adoção – p. 176, 334, 335, 354, 360,
  – alimentos – p. 434, 435, 505, 786, 811, 820, 821, 822, 823, 824, 845, 866, 868, 1020, 1027, 1028
  – direito de guarda – p. 395, 396, 437, 438,
  – direito de convivência (visita) – p. 393, 436,
  – nome – p. 165, 166, 180, 296, 328,
  – tutela – p. 438,
  – curatela – p. 438

B

» Barriga de aluguel – p. 181, 227, 230, 282, 670
» v. Gestação por substituição – p. 182, 219, 227, 230, 244, 282, 818
» Bem de família – p. 671, 757, 758, 759, 770, 773, 774, 1013, 1017, 1019, 1020
  – convencional – p. 760
  – dívida alimentar – p. 769, 773
  – extinção – p. 762, 763
  – fiador – p. 768, 769, 1013, 1017, 1020
  – legal – p. 760
  – mínimo vital – p. 758, 759
  – rural – p. 759, 761, 766, 772, 773
  – voluntário – p. 759, 762
» Benefício previdenciário – p. 342, 625, 652, 1014
» Bens – p. 69, 88, 125, 128, 148, 167, 312, 314, 580, 607, 673, 674, 675, 709, 710, 1020
  – particulares – p. 125, 468, 493, 530, 677, 679, 681, 686, 700, 702, 703, 707, 708, 709, 717, 733
  – reservados – p. 148, 314
» Bigamia – p. 61, 483, 498, 518, 519, 520, 533, 557, 640, 961
» Boa-fé objetiva – p. 64, 86, 87, 88, 132, 234, 497, 525, 691, 765, 793, 808, 837, 909,
» Busca e apreensão – p. 346, 348, 402, 415, 971

C

» Cadastro Nacional de Adoção – p. 365, 966, 1034, 1035
» Casamento – p. 70, 124, 134, 166, 167, 170, 171, 172, 463, 464, 465, 469, 473, 481, 491, 507, 539, 800, 936, 957
  – alimentos – p. 477, 493, 495, 499, 504, 537

- anulação – p. 124, 175, 484, 492, 498, 502, 515, 531, 533, 713, 806
- avuncular – p. 482, 519, 634
- capacidade – p. 479, 480
- causas suspensivas – p. 481, 483, 485, 486, 601, 1026
- celebração – p. 473, 474, 476, 485, 487, 488, 489, 510, 957, 1026
- cigano – p. 475
- civil – p. 63, 124, 150, 463, 473, 474
- consular – p. 478, 512
- conversão da união estável em casamento – p. 478, 479, 587, 621, 636, 721, 1039
- culpa – p. 123, 132, 134, 136, 528, 529, 540, 541, 542, 543, 544, 545
- curatela – p. 929, 930, 931, 932, 933, 934, 937, 944, 945, 946, 947, 948, 953, 1029, 1031, 1032, 1038, 1039
- de estrangeiros – p. 478, 957, 958
- débito conjugal – p. 409, 444, 496, 502, 524
- direitos e deveres – p. 492, 494, 495
- eficácia – p. 491, 516, 529
- estado civil – p. 471, 472, 493
- fidelidade – p. 81, 84, 213, 465, 471, 492, 496, 497, 601, 602, 603
- filiação – p. 482, 485, 493, 528, 546
- habilitação – p. 474, 485, 486, 487, 636, 679, 680, 694, 695, 696
- homoafetivo – p. 477, 483, 515
- idoso – p. 424, 425, 426
- impedimentos – p. 481, 482, 483, 485, 486, 516, 517, 518, 519
- inexistente – p. 477, 510, 511, 512, 514, 515, 516
- infidelidade virtual – p. 499, 500, 501
- internacional – p. 957, 958, 959
- invalidade – p. 507, 531
- mútua assistência – p. 128, 465, 496, 503, 504, 537, 540, 601, 800, 802, 805, 833, 870
- nome – p. 169, 170, 171, 172, 175, 176
- nulo – p. 476, 483, 515, 516, 517, 518, 531, 532
- nuncupativo ou in extremis – p. 476, 512
- por procuração – p. 475, 527
- posse do estado de casado – p. 488, 489, 509, 516, 527
- putativo – p. 476, 509, 517, 527, 528, 529, 530, 536, 537, 550, 600, 601, 644, 805, 937
- religiões afrobrasileiras – p. 475
- religioso – p. 204, 444, 473, 474, 509, 512, 554
- suprimento do consentimento – p. 480
- vida em comum – p. 496, 497, 502,504, 523, 524, 526, 528, 540, 601, 714, 1016

» Cláusula de dureza – p. 564, 565, 579

» Coação – p. 164, 276, 513, 515, 523, 525, 886

» Codicilo – p. 180, 247, 918

» Competência
- foro privilegiado – p. 108, 154, 422, 623, 859, 869
- Vara da Infância e Juventude – p. 364, 396, 437

– Vara de Família – p. 108, 286, 396, 437, 723, 860,
– união estável – p. 588, 623, 625

» Concepção – p. 190, 192, 206, 207, 210, 212, 213, 214, 216, 221, 244, 260, 275, 298, 299, 441, 633, 814, 815, 817, 863, 1022, 1024

» v. Reprodução assistida – p. 181, 190, 191, 210, 211, 219, 221, 230, 374, 633, 669, 1021, 1022, 1023, 1029, 1037

» Concorrência sucessória – p. 206, 214, 478, 585, 586, 589, 611, 658, 696, 974

» Concubinato – p. 450, 499, 584, 592, 593, 602, 612, 613, 640, 642, 646, 656, 804, 807, 811, 870, 871, 1014, 1016, 1025
– Concubinato puro – p. 450
– Concubinato impuro – p. 450

» Constelação familiar – p. 99

» Conta conjunta – p. 739

» Contrato – p. 107, 125, 137, 153, 229, 445, 451, 456, 469, 470, 471, 553, 569, 570, 614, 617, 675, 687, 694, 939, 1013, 1017, 1020, 1031, 1039
– de convivência – p. 614, 615, 616, 617, 680, 696, 723, 793
– de geração de filhos – p. 665
– de namoro – p. 617, 618, 619

» Convenção da Haia – p. 328, 966

» Conversão da separação em divórcio – p. 170, 547, 561

» Conversão da união estável em casamento – p. 477, 478, 523, 587, 621, 636, 659, 721, 1039,

» Crime – p.61, 153, 158, 306, 317, 318, 344, 345, 382, 415, 427, 483, 494, 498, 519, 638, 769, 878, 881, 901, 927, 953, 1020, 1038
– abandono intelectual – p. 310
– abandono material – p. 119, 310, 505, 750, 881, 892, 901, 1038
– bigamia – p. 61, 483, 498, 519, 533, 557, 961
– estupro – p. 153, 503, 522
– homicídio – p. 153, 483, 520, 780

» Culpa – p. 123,124, 125, 126, 127, 128, 129, 132, 134, 136, 148, 149, 150, 151, 173, 378, 452, 497, 528, 529, 541, 609, 623, 782, 798, 799, 806, 1036
– alimentos – p. 127
– anulação do casamento – p. 124
– nome – p. 126
– separação – p. 125

» Cumprimento da sentença – p. 859, 877, 878, 882, 897, 1040

» Curador – p. 118, 266, 566, 589, 714, 791, 793, 933, 936, 937, 938, 940, 942, 946, 947, 948, 953, 1022, 1031,
– à lide – p. 933, 934
– especial – p. 118, 120, 266, 323, 793, 920, 950

» Curatela – p. 307, 428, 429, 438, 566, 714, 917, 929
– autocuratela – p. 933, 938, 1039
– avós – p. 438
– casamento – p. 936
– compartilhada – p. 438, 933, 940
– hipoteca legal – p. 946
– idoso – p. 428
– incapacidade temporária – p. 944
– nascituro – p. 930
– prestação de contas – p. 948
– pródigo – p. 935
– pró-curador – p. 947

- provisória – p. 939
- tomada de decisão apoiada – p. 940

Custos vulnerabilis – p. 121, 368

D

» Dano afetivo – p.142, 273, 310, 404
» v. Abandono afetivo – p.273, 426
» Dano moral – p. 131, 134, 136,138, 139
» Débito conjugal – p. 409, 444, 496, 502, 524
» Décimo terceiro salário – p. 1017
» Depoimento especial – p. 111, 366, 398
» Depoimento sem dano – p.111, 112
» v. Depoimento especial – p.111, 112
» Desconsideração da personalidade jurídica – p. 128, 730
» Desconsideração inversa da personalidade jurídica – p. 128, 746, 843
» Deslocamento ilegal – p. 968
» Desquite – p. 148, 378, 445, 464, 508, 540, 560, 777, 792, 864
» Direito de convivência – p. 201, 231, 309, 392, 436
- avós – p. 436
- multa – p. 400

» Direito de visita – p.335, 337, 354
» v. Direito de convivência – p.392, 436
» Disregard – p. 678, 689, 744, 843
» v. Desconsideração da personalidade jurídica – p.730
» Direito real de habitação – p. 493, 585, 588, 611, 699, 732, 759, 795
» Direito Sistêmico – p. 99
» Direitos autorais – p. 742
» Divórcio – p. 173, 177, 547, 559, 561, 562, 564, 565, 566, 569, 570, 575, 580, 665, 803, 959
- alimentos – p. 802
- conversão da separação em – p. 547
- extrajudicial – p. 575
- nome – p.173
- unilateral – p. 574

» Divórcio impositivo – p. 548
» DNA – p. 262
» Doença mental – p.932, 933, 934, 935, 938, 945

E

» Emancipação – p. 146, 317, 318, 409, 442, 461, 469, 536, 562, 592, 686
» Embargos de terceiro – p. 606, 690, 703, 710, 774
» Embriões excedentários – p. 206, 215, 221, 222, 223, 669
» Esponsais – p. 137
» Estado civil – p. 471
- ausência – p.556, 557
- casamento – p. 471
- divórcio – p. 561
- morte – p. 555, 561
- separação de fato e de corpos – p. 550
- união estável – p. 596

» Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero – p. 344
» Estupro – p. 153, 503, 522

» v. Crime de estupro – p. 153
» Exceção de pré-executividade – p. 900
» Exceptio plurium concubentium – p. 256

F

» Família anaparental – p. 455, 665, 671
» Família composta – p. 456
» Família eudemonista – p. 461
» Família extensa – p. 332, 333, 334, 337, 351, 355, 381, 421, 432, 437, 458, 667, 1033, 1035, 1037
» Família ampliada – p. 332, 333, 421, 432, 437, 458
» v. Família extensa
» Família homoafetiva – p. 629, 631, 633, 635, 637, 750
 – adoção – p. 636
 – casamento – p. 629, 634, 635, 636
 – conversão em casamento – p. 636
» Família monoparental – p. 663
» Família-mosaico – p. 166, 352, 456
» Família multiespécie – p. 414, 460
» Família simultâneas – p. 88, 593, 612, 613, 639, 640, 641, 692
» Família coparental – p. 456, 665
» Família poliafetiva – p. 452, 453, 650
» Famílias plurais – p. 443, 444
» Famílias paralelas – p. 448, 449, 640
» v. Família simultâneas – p. 88, 593, 612, 613, 639, 640, 641, 692
» Família solo – p. 664
» Família substituta – p. 72, 308, 309, 315, 323, 330, 335, 337, 350, 421, 458, 459, 914, 916, 922, 966, 1033
» Fazenda Pública – p. 121, 831, 859, 866
» FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) – p. 735, 848, 1029
» Fiança – p. 153, 472, 473, 493, 604, 638, 691, 712, 768, 1016, 1019
» Fidelidade – p. 60, 81, 84, 88, 135, 150, 213, 214, 449, 451, 471, 497, 602, 603, 805
» Filiação – p. 203, 204, 205, 206, 241, 268, 278, 294, 328, 1014, 1021, 1023, 1037, 1040
 – biológica ou consanguínea – p. 218
 – homoparental – p. 229
 – ilegítima – p. 205, 442
 – multiparental – p. 235
 – pluriparental – p. 227, 237, 238, 866,
 – reconhecimento – p. 203, 204, 205, 206, 207, 213, 217, 218, 220, 230, 234, 241, 1029, 1032, 1037, 1040
 – registral – p. 220
 – socioafetiva – p. 232
» Filho de criação – p. 364
» Financiamento habitacional – p. 743
» Foro privilegiado – p. 108, 154, 422, 623, 859, 869
 – alimentos – p. 108, 109, 858, 859, 1018
 – idoso – p. 108, 422
 – menor – p. 397, 1019
 – mulher – p. 108, 154, 623

G

» Gestação por substituição – p. 182, 219, 227, 244, 282, 818
» Gravidez – p. 153, 181, 215, 226, 253, 282, 298, 299, 479, 484, 521, 522, 669, 670, 713, 815, 1029
» Guarda – p. 308, 309, 311, 312, 322, 323, 324, 334, 335, 336, 351, 366, 367, 369, 378, 382, 394, 437, 504, 666, 962, 1026, 1028, 1030,
– alternada – p. 387, 666, 1030
– compartilhada – p. 384, 385, 386
– unilateral – p. 382, 383

H

» Heteróloga – p. 192, 204, 206, 208, 209, 215, 222, 225, 242, 274, 275, 669, 1022, 1023,1025, 1029
» v. Reprodução assistida – p. 221, 222, 225, 226, 227, 669, 1022, 1023, 1025, 1029
» Hipoteca legal – p. 314, 485, 713, 923, 946
» Homoafetividade – p. 448
» v. Família homoafetiva – p. 629, 750
» Homóloga – p. 190, 206, 221, 222, 223, 225, 669,
» v. Reprodução assistida – p. 181, 190, 210, 219, 221, 230, 633, 665, 669, 1021, 1022,1023, 1029, 1037

I

» Idoso – p.71,119, 219, 419, 715, 784, 828, 1029, 1037
– abandono afetivo – p. 426,428, 1037
– alienação parental – p. 426
– alimentos – p. 423, 424, 779, 784, 828, 829, 830
– casamento – p. 424, 425, 716
– curatela – p. 428, 941
– direito de convivência – p. 436
– foro privilegiado – p. 422
– regime de bens – p. 152, 425, 426
– tutela – p. 428
» Imposto de renda – p. 754, 846, 849, 850, 851, 894
» Incesto – p. 42, 45, 191, 205, 482, 518
» Indenização por serviços prestados – p.447, 584, 612, 625
» Inelegibilidade – p. 494, 562, 636, 1013
» Infidelidade virtual – p. 499
» Inseminação artificial – p.206, 210, 211, 215, 221, 224, 231, 242, 244, 669, 1022, 1024
» v. Reprodução assistida – p. 181, 190, 191, 219, 221, 227, 230, 236, 374, 441, 633, 669, 1021, 1022, 1023, 1029, 1037
» Interceptação telefônica – p. 111, 879
» Interdição – p. 425, 930, 932, 935, 937, 938, 949, 1029
» Investigação de paternidade – p. 120, 251, 269, 776, 903, 1013, 1018
– alimentos – p. 815, 903, 1018
– prescrição – p. 266, 903, 1015
– relativização da coisa julgada – p. 219, 1013

J

» Joias – p. 702, 741

L

» Licença-adotante – p. 342, 1015
» Licença-maternidade – p. 342, 343
» Licença-natalidade – p. 343
» Licença-paternidade – p. 342, 343
»

M

» Mãe solo – p. 668
» Mediação – p. 96, 103, 118, 398, 856, 969
  – judicial – p. 99
» Mínimo vital – p. 758, 802
» Morte
  – adoção – p. 342, 354, 362
  – dissolução da sociedade conjugal – p. 555
  – dissolução da união estável – p. 584, 597, 625, 626
  – nome – p. 161, 176, 200
  – pensão – p. 556, 626, 657
» Mulher – p. 145
  – foro privilegiado – p. 154
  – alimentos – p. 149, 154
  – nome – p. 147, 149
  – violência doméstica – p. 153, 154, 155
» Multiparentalidade – p. 178, 180, 217, 223, 235, 238, 245, 296,813,

N

» Namoro – p. 237, 617, 619
  – contrato de – p. 617, 619, 696
  – dano moral – p. 137
» Namoro qualificado – p. 619
» Nascituro – p. 106, 222, 224, 242, 358, 617, 625, 814, 943
» Negatória de paternidade – p. 250, 261, 273, 286, 345, 791
» v. Ação negatória de paternidade
» Nidação – p. 386,
» Noivado – p. 137, 143
  – dano moral – p. 137
» Nome – p.
  – adoção – p. 165, 178
  – avós – p. 165, 166, 180
  – casamento – p. 163, 166, 167, 169, 170
  – culpa – p. 170, 173, 174, 176
  – mulher – p. 169
  – filhos – p. 176
  – divórcio – p. 170, 173, 175, 177
  – homem – p. 175
  – multiparentalidade – p. 165, 178, 180, 181
  – padrasto – p. 180
  – reprodução assistida – p. 181
  – transexualidade – p. 182
  – união estável – p. 167, 172
  – viuvez – p. 176
» Nulidade do casamento – p. 481, 508, 518, 532, 533, 549, 805
  – anulável – p. 475, 476, 480, 481, 485, 498, 516, 520
  – inexistente – p. 510

O

» Obrigação alimentar – p. 820, 824, 825, 827, 830
» v. Alimentos
» Obrigação dos avós – p. 820
» v. Avós

P

» Pacto antenupcial – p. 125, 246, 468, 471, 486, 495, 530, 603, 619, 622, 682, 694
» Padrasto – p. 180, 200, 309, 312, 353, 457
  – adoção do nome – p. 180
  – adoção unilateral – p. 352, 353, 354
  – obrigação alimentar – p. 828
» Parentalidade
  – socioafetiva – p. 180, 208, 234, 239, 811
  – solo – p. 668
» Parentesco – p. 189
  – afinidade – p. 199
  – biológico ou consanguíneo – p. 193
  – civil – p. 191
  – colateral – p. 196
  – grau – p. 197
  – linha reta – p. 193
  – natural – p. 191
» Partilha de bens – p. 580, 607, 962
  – animais de estimação – p. 414, 780
  – anistia política – p. 741
  – ativos financeiros – p. 737
  – conta conjunta – p. 739
  – cotas sociais – p. 739, 740, 744
  – dívidas e encargos – p. 734
  – créditos trabalhistas – p. 735
  – FGTS – p. 735, 848, 895
  – imposto de reposição – p. 581, 728, 752
  – joias – p. 702, 741
  – previdência privada – p. 656, 737, 739
  – precatório – p. 741, 895
  – presentes – p. 741
  – sobrepartilha – p. 564, 748, 755
  – verbas rescisórias – p. 735, 848
» Parto anônimo – p. 370
» Paternidade
  – biológica – p. 208, 217, 272, 284, 370
  – presunção – p. 226
  – socioafetiva – p. 180, 208, 217, 226, 231, 236, 264, 279, 329, 361, 364
  – alimentar – p. 202, 457, 813
» v. Investigação de paternidade
» v. Averiguação de paternidade
» Pátrio poder – p. 118, 127, 208, 298, 303, 341, 347, 352, 368, 382, 404, 492, 776, 809, 913
» v. Poder familiar
» Patronímico – p. 161, 288, 597
» v. Nome
» Pecúlio – p. 738, 894
» Pensão previdenciária – p. 259, 794, 915
» Pessoa jurídica de direito público – p. 67, 446, 625, 831
» Planejamento familiar – p. 63, 69, 210, 494, 591, 663

» Planejamento sucessório – p. 700, 842
» Pluriparentalidade – p. 237, 866
» Poder familiar – p. 303
» – alimentos – p. 308
– destituição – p. 315, 321
– extinção – p. 315
– perda – p. 317
– suspensão – p. 316
– usufruto – p. 312
» Poliafetividade – p. 84, 452, 649
» v. Família poliafetiva
» Poliamor – p. 62, 452, 649,
» Poligamia – p. 474, 958,
» Presentes – p. 741
» Previdência privada – p. 656, 737, 739
» Posse
– do estado de casado – p. 488, 509, 516, 527
– do estado de filho – p. 221, 231, 232, 254, 275, 294, 296, 363, 433, 916
» Prestação de contas
– alimentos – p. 909
– tutela – p. 925
– curatela – p. 948
» Princípio
– da afetividade – p. 75, 457
– da aparência – p. 221, 509, 843
– da autonomia da vontade – p. 211, 223, 495, 679, 698, 704, 720
– da boa-fé – p. 86, 132, 234, 642, 793, 808, 873, 909, 952
– da boa-fé objetiva – p. 64, 86, 132, 234, 525, 793, 808, 873, 909
– da comunicabilidade – p. 681
– da confiança – p. 94, 132, 525, 939
– da dignidade humana – p. 183, 233, 285, 542, 758
– da eticidade – p. 86
– da igualdade – p. 68, 149, 206, 267, 283, 360, 377, 447, 586, 589, 598, 605, 658, 776, 905
– da irrepetibilidade dos alimentos – p. 821, 840
– da isonomia – p. 175, 176, 674, 778, 784
– da liberdade – p. 67, 133, 225, 447, 543, 564, 586, 939
– da paternidade responsável – p. 63, 298
– da proibição de comportamento contraditório – p. 86, 132, 234, 525
– da proibição de retrocesso social – p. 42, 62, 73, 544, 592
– da proporcionalidade – p. 59, 110, 435, 821, 841, 842, 846, 866, 903, 908
– da proteção integral – p. 71, 139, 294, 304, 392, 422, 850
– da razoabilidade – p. 98, 143, 841, 844
– da solidariedade familiar – p. 70, 127, 135, 202, 405, 711
– do melhor interesse – p. 233, 349, 378, 814, 917
– do pluralismo das entidades familiares – p. 70, 82
» Pródigo – p. 147, 526, 935
» Promessa de doação – p. 697, 748
» Proteção integral – p. 71, 139, 207, 294, 304, 329, 354, 364, 380, 392, 419, 916
» v. Princípio da proteção integral

» Prova
- distribuição dinâmica do ônus – p. 110, 860
- ilícita – p. 109, 111
- inversão do ônus – p. 110, 262

» Pró-curador – p. 947

» Quotas sociais – p. 740

» Reconciliação – p. 546, 568

» Reconvenção – p. 535, 571, 573, 748, 751, 803, 805, 857, 907

» Regime de bens
- alteração – p. 719, 723
- idoso – p. 712
- comunhão parcial – p. 700
- comunhão universal – p. 704
- participação final nos aquestos – p. 707
- separação de bens – p. 711, 712
- separação de fato – p. 680, 693, 695, 706, 710, 714
- separação obrigatória – p. 677, 700, 712
- dotal – p. 673,
- união estável – p. 674, 679, 687, 695, 714

» Registro de imóveis – p. 471, 532, 564, 616, 700, 881

» Rendimento bruto – p. 846

» Rendimento líquido – p. 846

» Reprodução assistida – p.
- heteróloga – p. 190, 192, 204, 206, 209, 215, 222, 225, 669
- homóloga – p. 190, 206, 221,222, 223

» Responsabilidade civil dos pais – p. 305, 310

» Seres sencientes – p. 414, 460

» Separação
- consensual – p. 125, 150, 394, 465, 541, 544, 545,
- conversão em divórcio – p. 106, 140, 472, 547

» Separação de corpos – p. 47, 103, 115, 544, 545, 550, 552, 553, 555, 576, 627, 809, 945

» Separação de fato – p. 88, 103, 129, 215, 484, 544, 545, 550, 551, 552, 555, 680, 695, 706, 714, 730, 731, 735, 781, 802, 945

» Síndrome da alienação parental – p. 408

» v. Alienação parental

» Sobrepartilha – p. 564, 748, 755

» Sociedade de fato – p. 108, 450, 455, 540, 584, 585, 593, 602, 613, 614, 620, 635, 651

» Solidariedade familiar – p.127, 128, 135, 202, 405, 423, 424, 683, 711, 780, 800, 814, 827, 830, 845

» v. Princípio da solidariedade familiar

» Subtração interparental – p. 968

» *Surrectio* – p. 87, 808

» *Supressio* – p. 87

» Tomada de decisão apoiada – p. 932, 933, 940

» Transexualidade – p. 630
» Traição – p. 60, 409, 453, 500, 874,
» Triação – p. 641, 653, 656, 676
» Tutela – p. 913
  – adoção – p. 917
  – autotutela – p. 938
  – compartilhada – p. 917
  – dativa – p. 919
  – documental – p. 918
  – hipoteca legal – p. 923
  – idoso – p. 71, 419
  – mulher – p. 145
  – prestação de contas – p. 925
  – testamentária – p. 918

U

» União estável – p. 583
  – adoção – p. 589
  – alimentos – p. 588, 589, 593, 609
  – afinidade – p. 589, 610
  – competência – p. 588, 623
  – contrato de convivência – p. 107, 603, 614, 616, 622, 674, 680, 696, 723, 793
  – conversão em casamento – p. 478, 621
  – direito real de habitação – p. 585, 588, 611
  – direitos e deveres – p. 601
  – direitos sucessórios – p. 584, 588, 611, 623
  – dissolução – p. 589, 617, 623, 625
  – estado civil – p. 596
  – impedimentos – p. 598
  – nome – p. 597
  – putativa – p. 600, 601, 641
  – regime de bens – p. 603, 615, 616, 623
» União homoafetiva – p. 207, 448, 494, 634, 636,
» v. Família homoafetiva
» União paralela – p. 625, 643
» v. Família simultânea
» Usucapião familiar – p. 154, 749

» Vara da Infância e da Juventude – p. 364
» v. Competência
» Vara de Família – p. 108, 286, 437, 723, 860
» v. Competência
» Verbas rescisórias – p. 735, 736, 848
» *Venire contra factum proprium* – p. 86, 87, 525, 765, 793
» Vício de vontade – p. 276, 345, 481, 523, 526, 580, 755
» Virgindade – p. 273, 441, 618
» Visita – p. 399, 436
» v. Direito de convivência
» Viuvez
  – casamento – p. 483, 484
  – estado civil – p. 472
  – nome – p. 176

OBRAS DA AUTORA

- *Manual das Sucessões*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- *A Lei Maria da Penha na justiça*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- *Homoafetividade e os Direitos LGBTI*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- *Alimentos: direito, ação, eficácia e execução*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- *Divórcio e o Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- *Filhos do afeto*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- *Conversando sobre... alimentos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- *Conversando sobre... a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- *Conversando sobre... família e o novo Código Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- *Conversando sobre... homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- *Conversando sobre... justiça e os crimes contra a mulher*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- *Conversando sobre... o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- *Homoafetividade: o que diz a justiça!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- *O terceiro no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

COORDENAÇÃO DE OBRAS COLETIVAS

- *Intersexo. aspectos jurídicos, internacionais, trabalhistas, registrais, médicos, psicológicos, sociais e culturais*. São Paulo: Ed. RT, 2018.
- *Incesto e alienação parental*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

- *Multiplicidade e direito: as novas cores do ordenamento jurídico brasileiro*: artigos selecionados. Coordenado conjuntamente com Rosângela da Silveira Toledo Novaes e Camila Paese Fedrigo. Bento Gonçalves: Associação Refletindo o Direito, 2015.
- *Afeto e estruturas familiares*. Coordenado conjuntamente com Eliene Ferreira Bastos e Naime Márcio Martins Moraes. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2009.
- *Direito das Famílias*: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo/Porto Alegre: Ed. RT/IBDFAM, 2009.
- *Escritos de Direitos das Famílias*: uma perspectiva luso-brasileira. Coordenado conjuntamente com Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008.
- *A família além dos mitos*. Coordenado conjuntamente com Eliene Ferreira Bastos. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2008.
- *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003.

www.editorajuspodivm.com.br
Impressão e acabamento: BMF Gráfica e Editora